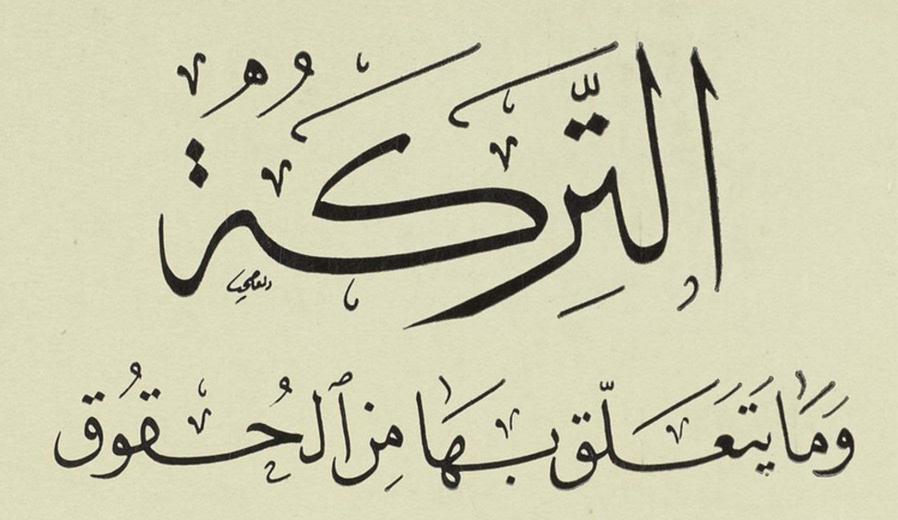
الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي



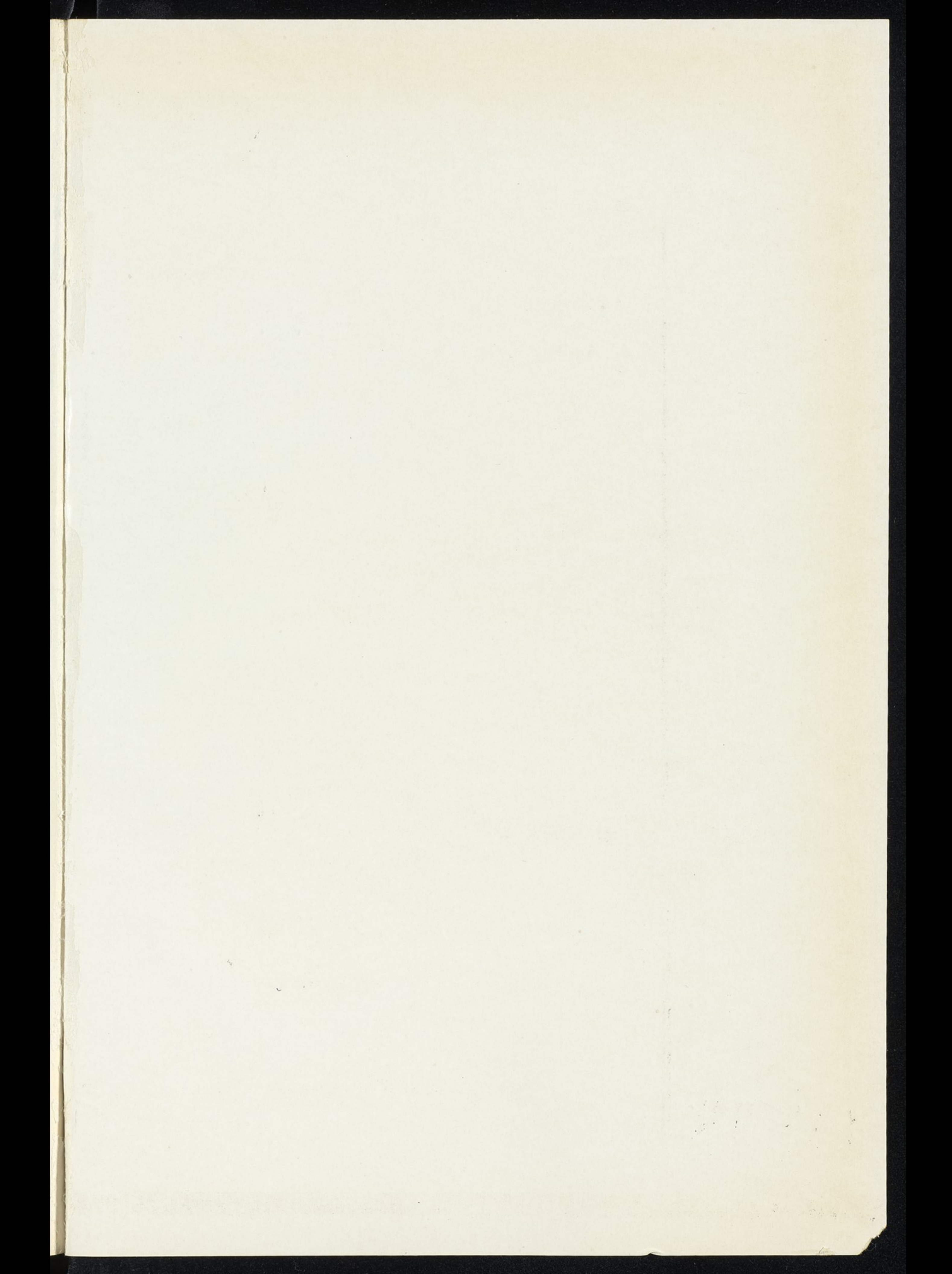
التركة

وما يتعلق بها من الحقوق

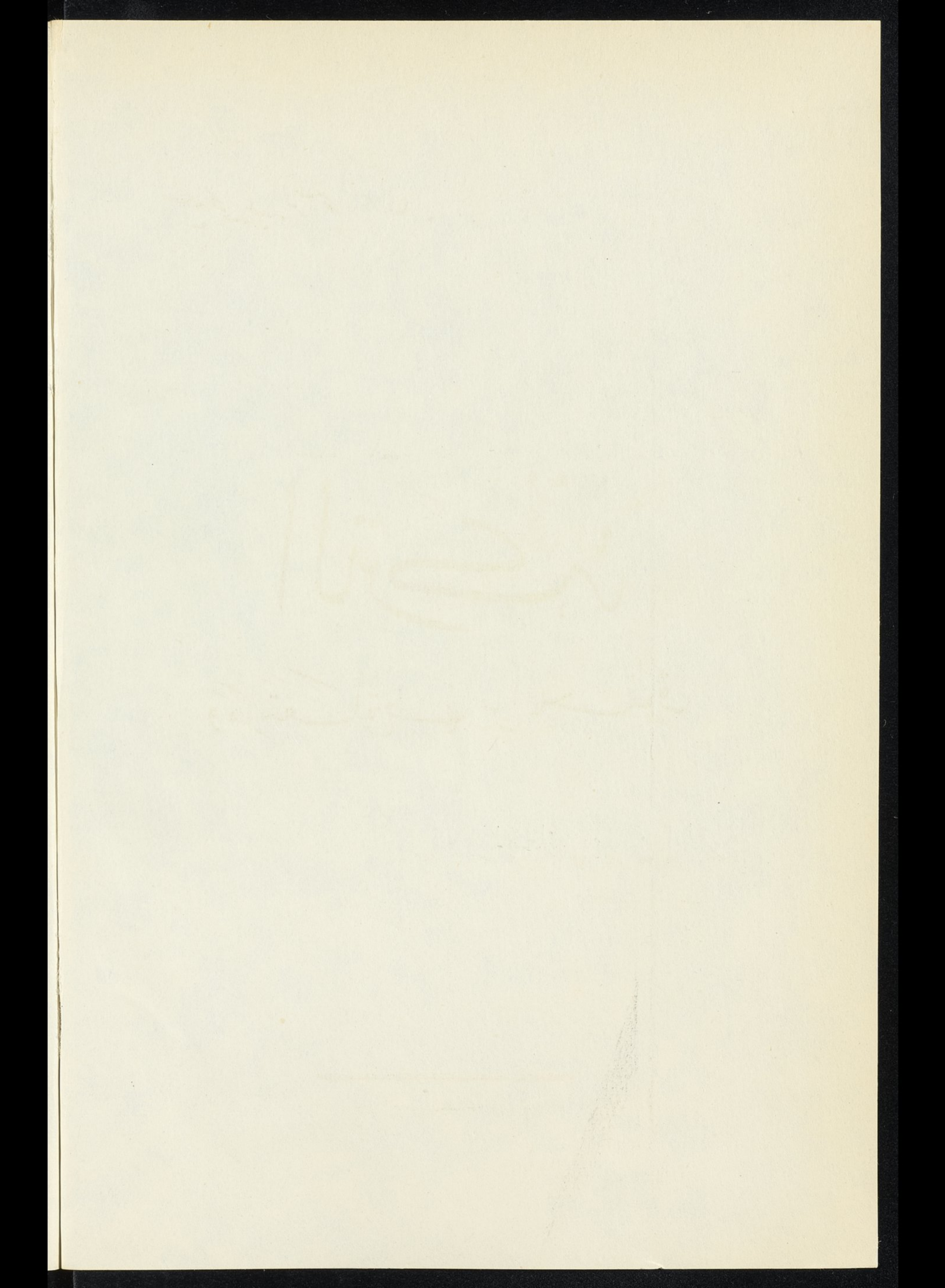
ساعدت جامعة بغداد على نشره



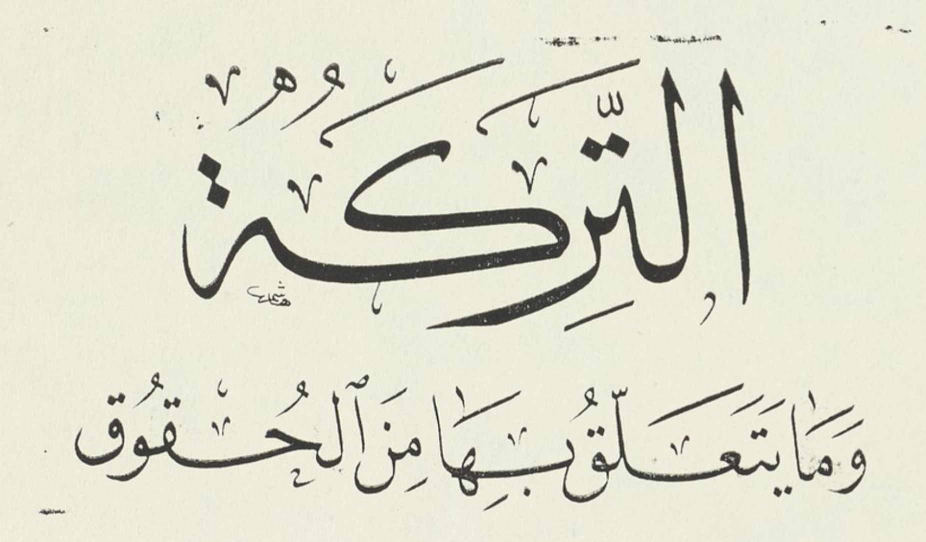
دار النذير



التركة وما يتعلق بها من الحقوق



الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي



(من ترك حقاً او مالا فهو لورثته بعد موته)
حديث شريف

دار النذير للطباعة والنشر

بسم الله الرحمن الرحيم

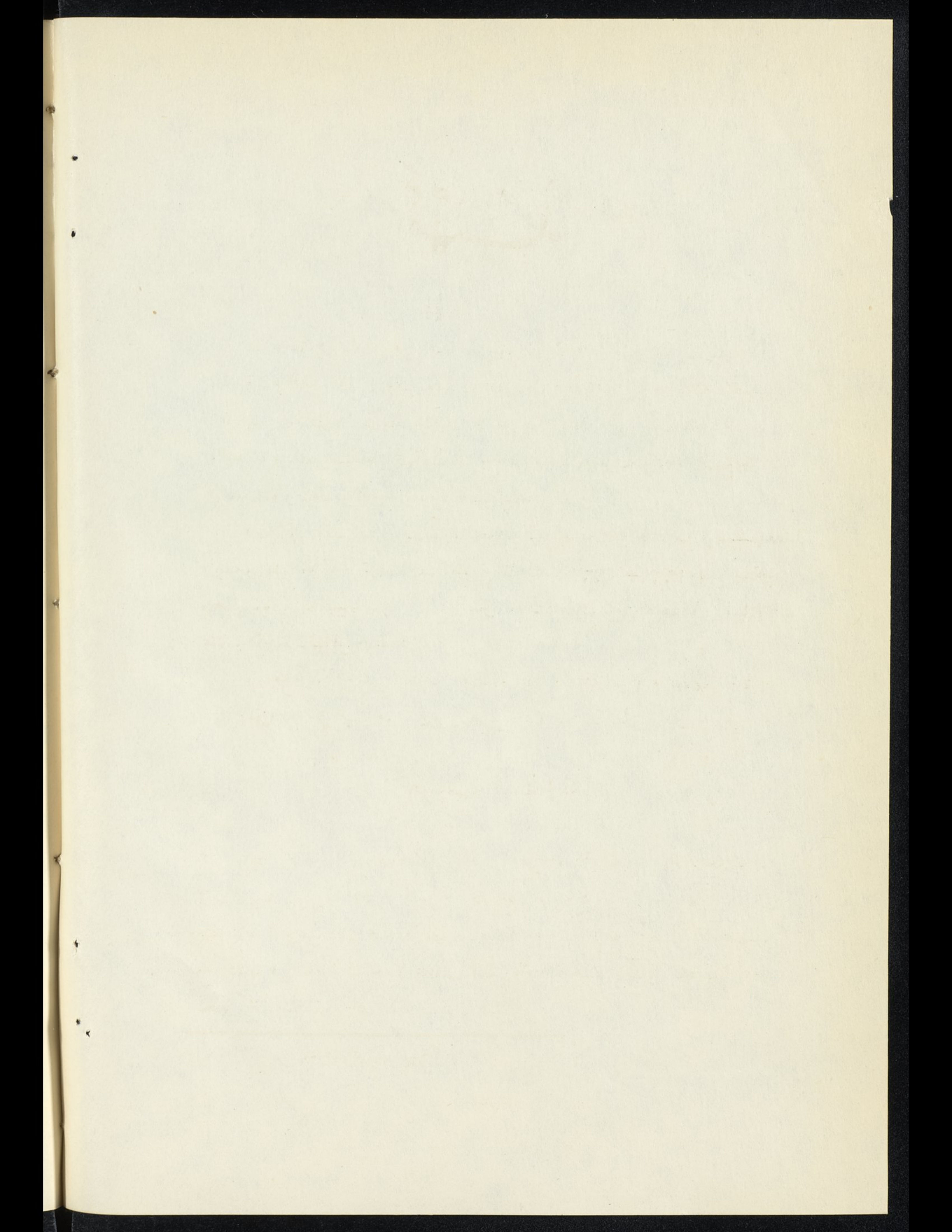
(ولكم نصف ما ترك ازواجكم)
قرآن كريم

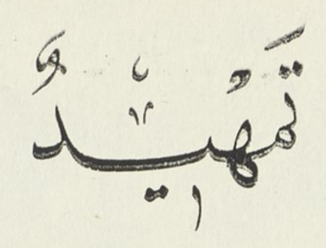
الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين ، ومن اهتدى بهداهم الى يوم الدين . وبعد فهذا ملخص الدروس التي القيت على طلاب الماجستير ، في قسم الشريعة الاسلامية — بمعهد الدراسات الاسلامية العليا — بجامعة بغداد سنة ١٩٦٧ — ١٩٦٨ الدراسية من دراسة الفقه المقارن في موضوع (التركة وما يتعلق بها من الحقوق) اسأل الله ان يجعله خالصاً لوجهه الكريم وان ينفع به انه سميع مجيب .

٢ من شعبان سنة ١٣٨٧ هـ

٤ من تشرين الثاني (نوفمبر) سنة ١٩٦٧ م

محمد عبد الرحيم الكشكي
الاستاذ بمعهد الدراسات
الاسلاميه العليا
بجامعة بغداد





لما كانت دراستنا . فى الفقه بطريق المقارنة فانه يجدر بنا ان نبين معنى المقارنة . والفقه المقارن، ونبين واجب المقارن، وفائدة المقارنة واختلاف المجتهدين واسباب اختلافهم . كما يجدر بنا ان نلم بتعريف الفقه من حيث هو ، مع بيان موضوعه وبعض مبادئه ، ليكون الشروع فى دراسته على بصيرة تامة، لأن الطالب اذا لم يتصور العلم بوجه ما استحال عليه طلبه .

واللائق بالطالب ان يتصوره بتعريفه ليحيط به اجمالا، وان يلم بموضوعه ويصدق بموضوعيته ليقف اجمالا على مسائله . فان تمايز العلوم بعضها عن بعض يحصل بتمايز موضوعاتها . . . كما يليق به ان يصدق بفائدته ، والا كان طلبه عبثا ، لا يليق بالعاقل ان يفعله .

وسنقدم الكلام على المقارنة . والفقه المقارن لقلة الكلام عليهما ونؤخر الكلام على الفقه من حيث هو ، وعن بعض مبادئه ليكون البحث ادق واوفى . . .

تعريف المقارنة

المقارنة : يرجع معناها فى اللغة الى معنى الجمع والمقابلة (١) مأخوذة من قرن الشيء بالشيء ، وقرن بينهما . اذا جمع ، ومنه قولهم : دور قرائن ، اي متقابلات ، وعلى ذلك فالفقه المقارن اصطلاحا : هو جمع آراء الأئمة المجتهدين مع ادلتها فى المسألة الواحدة المختلف فيها . ومقابلة هذه الادلة . بعضها ببعض ليظهر بعد مناقشتها ، اى الاقوال اقوى دليلا .

(١) الاساس للزمخشري ص ٢٦٤ .

واجب المقارن

يجب على المقارن (١)

١ — ان يكون واسع الاطلاع ، امينا فى نقله ، منصفا فى حكمه .

٢— ان يتحرى النقل الصحيح ، من الكتب المعترف بنسبتها الى اصحابها فى المذهب .

٣ — ان يكون على علم بالقواعد والاصول التي اعتبرها كل امام من الذين يقارن بين آرائهم ليعلم وجهة نظرهم .

٤ — ان يختار اقوى الآراء واقوى الادلة .في المسألة ، عندكل مذهب . فلا يقتصر على الضعيف فيها ليتمكن من رده .

٥ — ان يقارن بين آرائهم مقرونة بادلتها .

٦ — ان يرجح من الأقوال ، ما يشهد له الدليل القوي بحسب ما يغلب على ظنه غير متأثر بما سبق له الفقه من مذهب ، حتى يكون حكمه مجرداً عن جميع المؤثرات ، الا من الانتصار للحق . وبذلك يكون عمله خالصا لوجه الله تعالى .

فائدة المقارنة

اهم فوائدالمقارنة بين مذاهب الفقهاء ما يأتي :

١ — الاطلاع على اقوال الائمة المجتهدين . في المسائل المختلف فيها بينهم .

---

(١) يراجع الموجز فى الفقه الاسلامى المقارن للاستاذ عبد السميع امام ومحمد عبد اللطيف الشافعى من اساتذة كلية الشريعة — جامعة الازهر .

٢ ـــ العلم بمستند هذه الاقوال ، والوقوف على طريقة استخراجها من ادلتها .

٣ ـــ معرفة الاصول والقواعد التي اعتبرها كل امام في استنباطه ، وبهذا يعلم المقارن الآراء معتمدا على اقوى الأدلة . لتطمئن نفسه ويرتاح ضميره .

٤ ـــ يعمل المقارن بما ترجح عنده لقوة دليله لأن العمل باقوى دليل لازم لا يجوز العدول عنه ، وبذلك يجني ثمرة مجهوده ، فان ثمرة العلم هي العمل به . فان لم يعمل ، يكون مثله كمثل من له شجرة ثمرها طيب ، ودنا قطافها ، وامتنع عن اكله لأنه لم يألفه من قبل ، وتناول ما هو دونه ، لأنه الفه من قبل ، وليس هذا شأن العقلاء وبالجملة فان دراسة الفقه الاسلامي بطريق المقابلة والموازنة بين آراء المجتهدين مع ادلتها ، هي احسن الطرق الدراسية نفعا واجلها فائدة ، فانها تفتح امام الدارس آفاقاً واسعة للبحث والاحاطة بوجهات النظر المختلفة ، وتربي عنده الملكة الفقهية السليمة وتوقفه على روح التشريع ، وعلى ما كان عليه اسلافنا ، رحمهم الله ، من الاستقلال في الفهم ، والحرية في الرأي . فيصبح على بصيرة في دينه . فيدخل في مدلول قوله تعالى : (قل هذه سبيلي ادعو الى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني) .(١)

فهذا النوع من الدراسة لا يستغني عنه الفقيه والمفتي والقاضي وقد حث عليه السلف .

فقال هشام بن عبدالله الرازي : (من لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقيه) .

وقال عطاء : (لا ينبغي لأحد ان يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس . فان لم يكن كذلك رد من العلم ما هو اوثق من الذي في يديه) .

وقال سفيان بن عيينه : (اجرأ الناس على الفتوى اقلهم علما باختلاف العلماء) .

---

(١) الآية ١٠٨ من سورة يوسف .

وقال سعيدبن ابي عروبة : (من لم يسمع الاختلاف فلا تعده عالما) (١) .

وكتب السلف من العلماء لا تخلو ا من الدراسة على هذا النمط من المقارنة فكانت زاخرة باقوال من سبقهم من العلماء مع ادلتهم كما ترى ذلك في كتاب فتح القدير للكمال بن الهمام الحنفي ، والمغني لأبن قدامة الحنبلي . والمجموع للنووي الشافعي ، والمحلى لأبن حزم الظاهري ، وبداية المجتهد لأبن رشد المالكي وامثالها . . بل كانت كتب الحديث والتفسير على هذا النمط ايضا فترى ذلك واضحا في شروح البخاري ، وشروح احاديث الاحكام ، كنيل الاوطار للشوكاني ، وسبل السلام للصنعاني وتفسير القرآن للطبرسي وغيرها .

وفي الوقت الحاضر تعنى كلية الشريعة الاسلامية بجامعة الازهر بهذه الدراسه عناية فائقة ، وتجعلها مقدمة على كل دراسة فيها .

---

(١) من المذاهب الفقهية للشيخ ابراهيم الشهاوي ص ٣ .

اختلاف المجتهدين

لم يكن في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، اختلاف في الاحكام الشرعية ، لان التشريع كان يرتكز على الوحي . وكان الرسول صلى الله عليه وسلم . هو المرجع الوحيد لبيان الاحكام ، حيث لا سلطة في التشريع لسواه . ولم يخرج تشريعه صلى الله عليه وسلم عن دائرة الوحي ، قال تعالى (١) (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى) وقال تعالى (٢) (وانزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم) فسنته صلى الله عليه وسلم من الوحي المنزل عليه من عند ربه ، وان كانت لا تتلى ، كما يتلى القرآن الكريم فهي وحي غير متلو .

وانما نشأ الاختلاف . بين المجتهدين . بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن الاختلاف في عقائد التوحيد واصول الدين ، ولا في الاحكام التى علمت من الدين بالضرورة ، ولا في الاحكام التى تواترت احاديثها واستفاضت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وانما كان الاختلاف في بعض الفروع الشرعية . وفي دائرة ضيقة ، ونطاق محدود ، ثم اخذ يتسع نطاقه بكثرة الفتوحات الاسلامية ، واسباب اخرى ترتب عليها ذلك الاختلاف . سنبينها فيما بعد .

وكان كل مجتهد يحرص على استفراغ غاية الوسع ، وبذل اقصى المجهود للوصول الى الحكم الذى يثق بصحته ، وتطمئن اليه نفسه ، من غير تعصب اوهوى ، فكل ما أثر عنهم ، فهو مستقى من بحر القرآن الكريم ، ومنبع السنة

---

(١) الآية ٣و٤من سورة النجم .

(٢) الآية ٤٤ من سورة النحل .

النبوية الغراء .

وقد اخبر الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا الاختلاف ومدحه قبل وقوعه ، فقد روى الطبراني (١) كما في الجامع الصغير قوله صلى الله عليه وسلم (اختلاف امتي رحمة) وفى رواية (اختلاف اصحابي رحمة) .

وقد بين ذلك العلامة المناوى في شرحه على الجامع الصغير بقوله : (اختلافهم توسعة على الناس ، يجعل المذاهب كشرائع متعددة بعث النبي بكلها ، لئلا تضيق بهم الامور ، ولم يكلفوا ما لا طاقة لهم به ، توسعة في شريعتهم السمحة السهلة فاختلاف المذاهب نعمة كبيرة ، وفضيلة جسيمة ، خصت بها هذه الامة ، وقد وعد النبي صلى الله عليه وسلم ، بوقوع ذلك ، فوقع من معجزاته صلى الله عليه وسلم) .

وقال عمر بن عبد العزيز في مدح الاختلاف الواقع بين الفقهاء : (ما يسرني ان اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا لانهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصة) .

وقال الشعراني في الميزان : (سمعت شيخ الاسلام زكريا الانصاري رحمه الله يقول مرارا : (عين الشريعة كالبحر فمن اي الجوانب اغترفت منه فهو واحد ، وسمعته ايضا يقول : اياكم ان تبادروا الى الانكار على قول مجتهد او تخطئته الا بعد احاطتكم بادلة الشريعة كلها ، ومعرفتكم بجميع لغات العرب التي احتوت عليها الشريعة ومعرفتكم بمعانيها وطرقها ، فاذا احطتم بها كما ذكرنا ، ولم تجدوا ذلك الامر الذي انكرتموه فيها . فحينئذ لكم الانكار ، والخيار لكم ، وانى لكم ذلك) .

فالرحمة موجودة في الاختلاف ، ولا شك فيها . كما اخبر الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ، والسلف الصالح بذلك لان النفوس البشرية مختلفة في قدرتها

---

(١) نقلا عن المذاهب الفقهية للشيخ ابراهيم الشهاوى ص ٧٩٦ .

واستعدادها للعمل باحكام الشريعة الغراء . فمنهم ضعيف يميل الى التخفيف ، ومنهم من يأخذ نفسه بالشدة والحرص على العمل . فكون الشريعة جامعة بين التشديد والتخفيف يفتح باب الامل للضعيف في السير مع الاقوياء ، ويبعده عن اليأس من روح الله تعالى .

وقد اختلف الفقهاء في جواز التلفيق من المذاهب المختلفة ، فمنهم من منعه مطلقا ، ولو في حادثتين مختلفتين ، ومنهم من جوزه مطلقا ولو في حادثة واحدة ، وهو الراجح عند بعض الفقهاء وعليه فيجوز للانسان ان يقلد غير مذهب امامه فيما فيه تخفيف يتناسب مع حاله وظرفه الذي هو فيه لان ذلك من التيسير في الدين ، ورفع الحرج الذي هو احدى القواعد التي قام على اساسها التشريع الاسلامى ، قال تعالى (١) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال صلى الله عليه وسلم (ان الدين يسر ولن يشاد الدين أحد الا غلبه) . ولم يمنع من التلفيق الا من كان يتلاعب بالاحكام فيتتبع الرخص من غير حاجة داعية الى ذلك ، لانه بهذا يكون متبعا هوى نفسه .

كما يجوز للانسان ان يعمل بما فيه تشديد في غير مذهب امامه رغبة منه في الاحتياط ، والوصول الى رضاء الله تعالى فهذه هى الرحمة التي جاء بها قوله صلى الله عليه وسلم (اختلاف امتي رحمة) حيث قد وجد كل انسان فى الشريعة ما يناسب استعداده وقدرته وظروفه التي هو فيها .

وهناك رأي ثالث وهو ان لا يكون التلفيق في الحادثة الواحدة بل يكون فى حادثتين ، لا تعلق لواحدة منهما بالاخرى. وهو ما رجحه ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار فقال بعد بحث (٢) : (فتحصل مما ذكرنا انه ليس على الانسان التزام مذهب معين وانه يجوز له العمل بما يخالف ما عمله على

---

(١) الاية ١٨٥ من سورة البقرة

(٢) جا ص ٥٣ .

مذهبه مقلدافيه غير امامه مستجمعا شروطه ويعمل بأمرين متضادين فى حادثتين لا تعلق لواحدة منهما بالاخرى ، وليس له ابطال عين ما فعله بتقليد امام آخر لان امضاء الفعل كامضاء القاضي لا ينقض . وقال ايضا : ان له التقليد بعد العمل ، كما اذا صلى ظانا صحتها على مذهبه ثم تبين بطلانها فى مذهبه ، وصحتها على مذهب غيره ، فله تقليده ويجتزيء بتلك الصلاة ، على ما قال فى البزازية : انه روى عن ابى يوسف رضي الله عنه انه صلى الجمعة مغتسلا من الحمام . ثم اخبر بفأرة ميتة فى بئر الحمام ، فقال : نأخذ بقول اخواننا من اهل المدينة ، اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا .

اسباب اختلاف المجتهدين

اسباب اختلاف المجتهدين يمكن حصرها في خمسة :

الاول : يرجع الى اللفظ : فقد يكون مشتركا كلفظ القرء مثلا ، مفرد قروء فى قوله تعالى (١) (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) فانه وضع لكل من الطهر والحيض ، بوضع مستقل :

فبعض المجتهدين حمله على الطهر كالامام الشافعى رضي الله عنه ...

وبعضهم حمله على الحيض كالامام ابى حنيفة رضى الله عنه ...

وقد يعرض له الاحتمال . فيما يراد منه كصيغتى الامر والنهى ....

فصيغة الأمر تحتمل الوجوب وغيره . ففى قوله صلى الله عليه وسلم (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج) .

فان الجمهور حملوا صيغة الامر فيه على الندب ، وحملها الظاهرية على الوجوب وصيغة النهي تحتمل الحرمة وغيرها ، ففى قوله صلى الله عليه وسلم (اذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده حتى يغسلها ثلاثا . فانه لا يدري اين باتت يده) .

فالجمهور حملوا صيغة النهي فيه على الكراهة ، وحملها الظاهرية على الحرمة .

---

(١) الاية ٢٢٨ من سورة البقرة .

الثانى : ما يرجع الى الرواية ، فقد يصل الحديث الى بعض المجتهدين فيعمل به ، ولا يصل الى غيره فيعمل بدليل آخر .

فقد نقل عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه : انه كان يكتفى فى تحليل الزوجة المطلقة ثلاثة لزوجها الاول بمجرد العقد عليها عملا بقوله تعالى (١) (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) لان النكاح حقيقة فى العقد ، فحمله عليه ، ولم يصله حديث (حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك) وقد وصل غيره ، فعمل به . وحمل النكاح فى الاية على الوطء ، وجعل الدخول بها شرطا فى حلها لزوجها الاول .

الثالث : ما يرجع الى تعارض الادلة ، فقد يقع بين نصين ، كحديث ابن عباس رضى الله عنهما (سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن المني يصيب الثوب ، فقال : انما هو بمنزلة المخاط والبصاق) .

فتشبيهه بالطاهر يقتضي طهارته .

وقد عارضه حديث عمار بن ياسر رضى الله عنه وهو قوله صلى الله عليه (انما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والقيء والمني) .

فعده فى الانجاس يقتضي نجاسته .

الرابع : ما يرجع الى العرف فان لكل بلد عادات وتقاليد ، دعت كل مجتهد الى مراعاتها في بلده ، فيما لم يصله فيه نص وان خالف فيه عرف بلد آخر .

الخامس : ما يرجع الى نفس الادلة ، فان بعض المجتهدين اخذ بدليل وبعضهم لم يأخذ به ، فالقياس مثلا اخذ به الجمهور ولم يأخذ به الظاهرية والامامية .

وهكذا يقال في الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والاستصحاب والعرف ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا .

---

(١) الاية ٢٣٠ من سورة البقرة .

الفقـــه

تعريفه ـ موضوعه ـ مصادره ـ فضله والحاجة اليه ـ الفرق بين الشريعة والفقه ـ موازنة بين الفقه والاصول ـ الفقه الاسلامي تشريع مستقل لم يؤخذ من الفقه الرومانى .

التعريف

الفقه فى اللغة (١) : هو الفهم الذي هو عبارة عن جودة الذهن لاقتناص ما يرد عليه من المطالب .

يقال فقه كفهم وزناً ومعنى ، وفقه بالفتح اذا سبق غيره فى الفقه ، وفقه بالضم ككرم اذا صار الفقه سجية له .

فأصله فى اللغة : العلم بالشيء ، ثم خص بعلم الشريعة المسمى بعلم الحلال والحرام وعلم الشرائع والاحكام .

ومن معنى العلم والفهم قوله تعالى (٢) : (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون) .

---

(١) فيراجع فى التعريف لغة واصطلاحا تسهيل الوصول الى علم الاصول للشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوي ص ٣ و٤ و٥ .

(٢) الاية ١٢٢ من سورة التوبة .

وقوله تعالى (١) : (وان من شيء الا يسبح بحمده ولكن لا تفقهون تسبيحهم انه كان حليماً غفورا) .

وقوله تعالى (٢) : (رضوا بأن يكونوا مع الخوالف وطبع على قلوبهم فهم لا يفقهون) .

وقوله صلى الله عليه وسلم (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين) . وخص بعض العلماء الفقه بفهم الامور الخفية ، فلا يقال فقهت السماء والارض والصحيح ان الفقه اسم للفهم مطلقاً ، فانه لا دليل على التخصيص في اللغة ، وامتناع قولهم فقهت السماء والارض لأن الفقه يتعلق بالمعنويات ، والسماء والارض من المحسوسات فلا يتعلق بها الفقه .

والفقه في الاصطلاح : هو العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من ادلتها التفصيلية . او هو مجموع الاحكام الشرعية العملية ، المستفادة من ادلتها التفصيلية وهذا المعنى هو المراد من قولنا : درسنا الفقه أي مسائله (٣) .

شرح التعريف الاصطلاحي الاول :

العلم : هو الادراك الجازم المطابق للواقع عن دليل والمراد به في التعريف هنا مطلق الادراك الشامل للتصور والتصديق .

فهو جنس في التعريف ، يشمل الفقه المعرف وغيره من سائر العلوم .

والاحكام : جمع حكم ، والمراد به النسبة التامة . سواء أكانت شرعية عملية كالعلم بثبوت الوجوب للزكاة . والعلم بثبوت التحريم للربا او شرعية اعتقادية كالعلم بان الله واحد ، أو عقلية كالعلم بأن الواحد نصف الاثنين او وضعية اصطلاحية كالعلم بأن الفاعل مرفوع . او حسية كالعلم بأن النار محرقة ، او لغوية

---

(١) الآية ٤٤ من سورة الاسراء .

(٢) الآية ٨٧ من سورة التوبة .

(٣) مدخل الفقه الاسلامي لعدد من اساتذة كلية الشريعة جامعة الازهر .

كالعلم بأن محمداً مسافر .

وتعلق العلم بالاحكام قيد أول في التعريف خرج به العلم في التصورات ، كالعلم بالذوات والصفات والافعال .

ومعنى تعلق العلم بالاحكام : التصديق بكيفية تعلقها بافعال المكلفين ، كالعلم بثبوت الوجوب للصلاة . والحرمة للربا والجواز للمزارعة في قولنا : الصلاة واجبة والربا حرام والمزارعة جائزة .

فالصلاة فعل تعلق به الوجوب ، والربا فعل تعلقت به الحرمة والمزارعة فعل تعلق به الجواز والشرعية : المنسوبة للشرع ، باعتبار استفادتها من اوامره ونواهيه مباشرة ، كالاحكام المأخوذة من النصوص ، او بواسطة كالاحكام المستفادة من الاجتهاد .

فالاحكام المأخوذة من القياس ، مأخوذة من الشارع بالواسطة لأن القياس لابد فيه من دليل ، من كتاب او سنة ، في حكم الأصل المقيس عليه ، فالقياس مستند الى ذلك الدليل .

والشرعية هنا قيد ثان في التعريف ، خرج بها العلم بالاحكام العقلية ، والوضعية ، والحسية ، واللغوية . والعملية اي المتعلقة بكيفية عمل ، اي معمول قلبي او غيره من اعمال الجوارح .

وهو : قيد ثالث في التعريف ، خرج به الاحكام الشرعية المتعلقة بالاعتقاد كالعلم بأن الله واحد وقد تكفل بها علم التوحيد ... الخ وخرج به الاحكام الشرعية المتعلقة بالسلوك وتهذيب النفس وقد تكفل بها علم الاخلاق وعلم التصوف .

والمراد بكيفية العمل : الصفة القائمة به من الاحكام الخمسة . التي هي الوجوب والحرمة والندب والكراهة والاباحة .

فالعمل هو المحكوم عليه ، ومتعلقة النسبة التي هي الحكم صفة له قال الشيخ المحلاوي (١) (بيان ذلك) قولنا النية في الوضوء مندوبة : المحكوم عليه هو النية

---

(١) في كتابه تسهيل الوصول الى علم الاصول ص ٤ .

التي هي عمل قلبي ، والمحكوم به الندب ، والحكم ثبوت الندبية للنية التي هي صفة للنية .

وكذلك قولنا الوتر واجب ، الحكم فيه ثبوت الوجوب للوتر ومتعلقه الذي هو الوجوب وصفة للوتر ، الذي هو عمل من اعمال الجوارح .

فالفقه : هو العلم بذلك الحكم ، أي ادراك ثبوت الندبية ، وادراك ثبوت الوجوب الوتر ، فان قيل : ان الاحكام التي هي النسب ، متعلقة بالطرفين المحكوم به والمحكوم عليه ، فما وجه اقتصارهم على تعلقها بالكيفية — يجاب بأن تعلقها بالعمل ليس من حيث ذات العمل ، بل من حيث كيفيته ، فلذا جعلت متعلقة بها ، وبأن النسبة التي هي ثبوت وصف المحكوم به دون المحكوم عليه وكيفية العمل هو المحكوم به ، فأعتبار التعلق بها اولى .

ثم ان كون الاحكام الفقهية عملية اغلبي ، فان منها ما ليس عمليا كطهارة الخمر اذا تخللت ، ومنع الرق الارث .

هذا واذا اريد بالعملية ما يشمل الاعتقاد دخل في الفقه مثل قولنا : اعتقاد الوحدانية لله تعالى واجب فالعلم بثبوت الوجوب للاعتقاد المذكور من الفقه ، فكل ما يجب اعتقاده شرعاً من الفقه ، من حيث الوجوب الشرعي . ومن علم التوحيد والكلام من حيث الاعتقاد ... الخ . ويدخل ايضاً في الفقه وجوب الايمان ، لأن الايمان من قبيل العمل لأنه عقد قلبي ، والوجوب كيفية له ، ولعل من اخرجه اراد بالعمل عمل الجوارح .

ومعنى المكتسب : المستفاد .

ووصف العلم به قيد رابع في التعريف يخرج به علم الله تعالى ، فانه لايسمى فقهاً لأنه ليس بمستفاد ، بل هو ازلي ، وسبحانه وتعالى يعلم الدليل والحكم معاً ، بدون حصول احدهما من الآخر .

وقولنا من ادلتها متعلق بالمكتسب . فالحاصل من الادلة هو العلم بالاحكام...

وتقييد الاكتساب بكونه من الادلة قيد خامس في التعريف خرج به علم جبريل عليه السلام لأنه من اللوح المحفوظ .

كما يخرج به علم الرسول صلى الله عليه وسلم الحاصل من غير اجتهاد منه لأنه يعلم بطرق الوحي واختلف في علم الرسول صلى الله عليه وسلم الحاصل عن الاجتهاد هل يسمى فقهاً ام لا .

والظاهر انه باعتبار حصوله عن دليل شرعي يسمى فقهاً اصطلاحاً وباعتبار انه دليل شرعي للحكم لا يسمى فقهاً كما يخرج علم الصحابي الذي تلقنه من النبي صلى الله عليه وسلم .

ومعنى التفصيلية أي المعينة التي عين كل دليل منها بمسألة جزئية بأن يدل عليها بخصوصها نحو قوله تعالى : (١) (واقيموا الصلاة) .

فوجوب الصلاة استفيد من خصوص مادة (اقيموا الصلاة) .

والتفصيلية قيد سادس خرج به علم المقلد ، لأنه اكتسبه من دليل اجمالي ، وهو وجوب العمل بما اخذه عن المجتهد ، اذ هو دليل واحد يعم المسائل كلها ، ويصح ان يخرج علم المقلد ايضاً بقولنا من ادلتها ، فانه وان كان قول المجتهد دليلا له . لكنه ليس من الادلة الأربعة المخصوصة بالأحكام وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس .

ويكون الوصف بالتفصيلية قيدا لبيان الواقع لا للاحتراز .

---

(١) الآية ٤٣ من سورة البقرة .

الموضـــوع

وموضوع علم الفقه : هو فعل المكلف من حيث ما يثبت له من الأحكام الشرعية العملية .

فمجالات علم الفقه : هي الاحكام الشرعية العملية التي تتعلق بما صدر عن المكلف ، من افعال واقوال وتصرفات .

والاحكام العملية تحتها نوعان :

الاول : احكام العبادات التي يقصد بها تنظيم علاقة الانسان بخالقه ، من صـلاة وزكاة وصـوم وحج ونذر وغير ذلك وقد جاءت في القرآن الكريم آيات كثيرة في هذه العبادات . وذلك مثل قوله تعالى (١) (واقيموا الصلاةوآتوا الزكاة واركعوا مع الراكعين) وقوله تعالى (٢) (شهر رمضانالذي انزل فيـه القرآن هدى للناسوبينات من الهدى والفرقان فمن شهد منكم الشهر فليصمه)الآية .

ومثل قوله تعالى (٣) (ولله على الناس حج البيت من استطاعاليه سبيلا) .

وقوله تعالى (٤) ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) .

---

(١) الآية ٤٣ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٨٥ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٩٧ من سورة آل عمران .

(٤) الآية ٢٩ من سورة الحج .

الثاني : أحكام المعاملات : وهي التي يراد منها تنظيم علاقة الأنسان بالانسان فرداً كان ام جماعة ، ام امماً .

وفي الاصطلاح الحديث ، قد تنوعت احكام المعاملات ، من حيث ما تتعلق به ، الى سبعة انواع (١) :

الاول : احكام الاحوال الشخصية : وهي التي تتعلق بالاسرة ، من بدء تكوينها ، ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين ، والاقارب ، بعضهم ببعض ، وآياتها في القرآن الكريم نحو (٧٠ آية) .

وذلك مثل قوله تعالى (٢) (وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى الا تعولوا وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) ومثل قوله تعالى (٣) (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) .

وقوله تعالى (٤) (الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) . وقوله تعالى (٥) (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الآيتين .

الثاني : الاحكام المدنية وهي التي تتعلق بمعاملات الافراد ومبادلاتهم ،

---

(١) يراجع علم اصول الفقه للشيخ خلاف ص ٣٢ في عدد الانواع السبعة وعدد الآيات ، دون الامثلة .

(٢) الآية ٣و٤ من سورة النساء .

(٣) الآية ١٣٣ من سورة البقرة .

(٤) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة .

(٥) الآيتان ١١و١٢ من سورة النساء .

من بيع ورهن ومداينة ، ووفاء بالالتزام ، وغير ذلك ، ويقصد بها تنظيم علاقة الأفراد المالية وحفظ حق كل ذي حق ، وآياتها في القرآن الكريم نحو (٧٠) آية .

وذلك مثل قوله تعالى (١)(واحل الله البيع وحرم الربا)وقوله تعالى (٢)(وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) الآية . ومثل قوله تعالى (٣) (يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه) الآية . وقوله تعالى (٤) (يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) .

الثالث : الاحكام الجنائية ، وهي التي تتعلق بما يصدر عن المكلف ، من جرائم ، وما يستحقه عليها من عقوبة .

ويقصد بها حفظ حياة الناس واموالهم ، واعراضهم ، وحقوقهم . وتحديد علاقة المجنى عليه بالجاني ، وبالامة وآياتها في القرآن الكريم نحو (٣٠) آية .

وذلك مثل قوله تعالى (٥) (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل) الآية . وقوله تعالى (٦) (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) . ومثل قوله تعالى (٧) (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) الآية . وقوله تعالى (٨) (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً ان يقتلوا او يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض) . ومثل قوله تعالى(٩) (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) الآية .

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة
(٢) الآية ٢٨٣ من سورة البقرة
(٣) الآية ٢٨٧ من سورة البقرة
(٤) الآية ١ من سورة المائدة
(٥) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .
(٦) الآية ٤٥ من سورة المائدة .
(٧) الآية ٣٨ من سورة المائدة .
(٨) الآية ٣٣ من سورة المائدة
(٩) الآية ٢ من سورة النور .

الرابع : احكام المرافعات ، وهي التي تتعلق ، بالقضاء ، والشهادة ،واليمين ويقصد بها تنظيم الاجراءات لتحقيق العدل بين الناس وآياتها في القرآن الكريم نحو (١٣) آية . وذلك مثل قوله تعالى (١) (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) . وقوله تعالى (٢) (واشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد) . وقوله تعالى (٣) (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) . وقوله تعالى (٤) (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذاحكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به ، ان الله كان سميعاً بصيرا) .

الخامس : الاحكام الدستورية ، وهي التى تتعلق بنظام الحكم واصوله ، ويقصد بها تحديد علاقة الحاكم بالمحكومين ، وتقرير ما للافراد والجماعات من حقوق ، وآياتها في القرآن الكريم نحو (١٠) آيات . وذلك مثل قوله تعالى (٥) (وامرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون) . وقوله تعالى (٦) (وشاورهم في الامر .) وقوله تعالى (٧) (يا ايها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول) . وقوله تعالى (٨) (وهذا كتاب انزلناه مبارك فاتبعوه) الآية .

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٢٨٣ من سورة البقرة .

(٤) الآية ٥٨ من سورة النساء .

(٥) الآية ٣٨ من سورة الشورى .

(٦) الآية ١٥٩ من سورة آل عمران .

(٧) الآية ٥٩ من سورة النساء .

(٨) الآية ١٥٥ من سورة الانعام .

السادس : الاحكام الدولية ، التي تتعلق بمعاملة الدولة الاسـلامية بغيرها وبمعاملة غـير المسلمين ، في الدولة الاسـلامية . وتحديد علاقة الدولة بغيرها . في السلم والحرب ، وآياتها في القرآن نحو (٢٥) آية . مثل قوله تعالى(١) (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عـــدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم) . ومثل قوله تعالى(٢) (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) الاية . وقوله تعـالى(٣) (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم) .

السابع : الاحكام الاقتصادية والمالية التي تتعلق بحق السائل والمحروم في مال الغني وتنظيم الموارد والمصارف ، وتنظيم العلاقات المالية بين الاغنياء ، والفقراء ، وبين الدولة والافراد ، وآياتهـــا في القرآن نحـــو (١٠) آيات . وذلك مثـــل قوله تعالى(٤) (والذين في أموالهم حق معـــلوم للسائل والمحروم) . ونحو مثـــل قوله تعالى(٥) (فكلوا منها واطعموا البائس الفقير) . وقوله تعـــالى(٦) (هو الذي جعل لكم الارض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه) .

وقوله تعالى(٧) (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط) .

هذا ومن تتبع آيات القرآن الكريم ، يعلم ان أحكامه تفصيلية ، في العبادات والاحوال الشخصية والمواريث،لأن أكثر أحكامها تعبدية ، ليس للعقل فيها مجال.

---

(١) الآية ٦٠ من سورة الانفال .

(٢) الآية ٦١ من سورة الانفال .

(٣) الاية ٨ من سورة الممتحنة .

(٤) الاية ١٤ و ١٥ من سورة المعارج .

(٥) الآية ٢٨ من سورة الحج .

(٦) الاية ١٥ من سورة الملك .

(٧) الاية ١٩ من سورة الاسراء .

واما فيما عدا ذلك من الاحكام ، فاحكامه فيها قواعد عامـة ، ليس فيها تفصيلات جزئية ، في النادر ، لان هذه الاحكام ، تتطور بتطور الزمن والمصالح والبيئات ، فاقتصر القرآن فيها على المبادىء الاســاسية ، والقواعد الكلية ليكون المجتهدون ، في سعة من ان يفصلوا التشريع فيها حسب المصالح في حدود الاسس القرآنية من غير اصطدام بحكم جزئي فيه .

مصادر الفقه واستمداده

مصادر الفقه . ومصادر التشريع ، وأصول التشريع ، وأصول الاحكام ، هذه كلها الفاظ مترادفة ، معناها واحد ، وهو ادلة الاحكام ، التي استمد منها الفقه ، والادلة جمع دليل .

ومعناه في اللغة : الهادي الى الشيء ، حسيا كان الشيء أو معنوياً ، خيرا كان الشيء أم شراً .

وفي الاصطلاح : هو ما يستدل بالنظر الصحيح فيه ، على حكم شرعي عملي على سبيل القطع ، أو الظن .

ولذا قالوا : ان الدليل قطعي وظني(١) والظني يسمى امارة وعلامة ، وقد ذهب الآمدي في الاحكام ، والمحلي في شرح جمع الجوامع . الى ان الدليل النقلي ظني لايفيد القطع ، سواء أكان كتابا أم سنة ، أم اجماعا ، أو قياسا . وهو مذهب الاشاعرة والمعتزلة . لأن افادة اليقين تتوقف على عشرة أمور ظنية وهي :

١ ـ العلم بوضع الالفاظ المنقولة عن النبي صلى الله عليه وسلم بازاء كل معنى والعلم بالوضع ظني ، لأن نقل اللغة ثبت برواية الاحاد ، كالأصمعي والخليل وسيبويه لاشعار العرب وأقوالهم .

٢ ـ العلم بان هذه المعاني مرادة له صلى الله عليه سلم .

٣ ـ العلم بعدم النقل .

٤ ـ العلم بعدم الاشتراك .

---

(١) تسهيل الوصول الى علم الاصول للمحلاوي ص١٦ وما بعدها .

٥ ـ العلم بعدم المجاز .

٦ ـ العلم بعدم التخصيص .

٧ ـ العلم بعدم التقديم .

٨ ـ العلم بعدم التأخير .

٩ ـ العلم بعدم الاضمار .

١٠ـ العلم بعدم المعارض العقلي الدال على نقيض ما دل عليه الدليل النقلي ، لأنه لو وجد لقدم على الدليل النقلي بأن يؤول الدليل النقلي الى معنى آخر كقوله تعالى(١) (الرحمن على العرش استوى) فانه يدل على الجلوس وقد عارضه الدليل العقلي على استحالة الجلوس منه تعالى ، فيؤول الاستواء بالاستيلاء ، أو الجلوس بالملك .

وقدم الدليل العقلي . لأنه لايمكن الحكم بمقتضى كل منهما . لأنه يلزم عليه اجتماع النقيضين ، ولا يمكن الحكم بانتفاء مقتضاهما ، لأنه يلزمه ارتفاع النقيضين ، ولا يقدم النقلي . لأنه ابطال لما يقتضيه الاصل . وهو العقلي لأن النقلي فرع عن العقلي لأنه لايمكن اثباته الا بالعقل . فان اثبات الصانع ومعرفة النبوة وسائر ما تتوقف عليه صحة النقل هو العقل .

والعلم بعدم المعارض العقلي ظني ، لأن غاية ما نصل اليه عدم الوجدان ،وهو لا يستلزم عدم الوجود .

وبذلك تحقق ان الادلة النقلية تتوقف دلالتها على هذه الامور العشرة الظنية. والموقوف على الظني ظني فلا يوجب اليقين .

وذهب الحنفية الى ان الادلة النقلية قد تفيد اليقين والقطع ، فان المتواتر يفيد اليقين فيكفر جاحده في الشرعيات. كنقل القرآن ، والصلوات الخمس،والسجدات ومقادير الزكاة . لأن عدم القول بافادته اليقين يؤدي الى الكفر ، فان وجود الانبياء

---

(١) الآية ٥ من سورة طه .

ومعجزاتهم لاتثبت سيما في زماننا ا بالنقل المتواتر ، فاذا لم يوجب يقينا لاتثبت في زماننا نبوتهم ، وذلك كفر باطل .

والحق ما ذهب اليه الحنفية . وهو ان الدلائل النقلية قد تكون قطعية لأنها قد تفيد اليقين في الشرعيات بقرائن مشاهدة من المنقول عنه ، أو متواترة نقلت الينا تدل على انتفاء الاحتمالات المذكورة ، فانا نعلم لفظ الارض والسماء ، ونحوها من الالفاظ المشهورة المتداولة بين جميع أهل اللغة في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم في معانيها التي تراد منها الان . والتشكيك فيها سفسطة لا شبهة في بطلانها .

وكذلك الحال في صيغة الماضي والمضارع والامر وغيرها فانها معلومة الاستعمال في ذلك الزمان فيما يراد منها في زماننا ، وكذلك رفع الفاعل ، ونصب المفعول مما علم معانيها قطعا .

فاذا انظم الى مثل هذه الالفاظ قرينة كنقلها الينا تواترا تحقق العلم بالوضع والعلم بكون معناها مرادا للشارع وانتفت تلك الاحتمالات التسعة ، ولهذا قالوا : ان النصوص الواردة في الصلاة ، والزكاة والتوحيد ، ونحوها توجب القطع .

ولاخفاء أيضا في انتفاء المعارض العقلي في الامور الشرعية لانه لامجال للعقل فيها ، فلا يتصور المعارض من قبله فيها . وهو منفي من قبل الشارع بالضرورة لأنه اذا عين المعنى وكان مرادا للشارع فلا يتصور المعارض من قبله .

وبناء على ما ذهب اليه الحنفية يكون الدليل النقلي نوعين قطعي وهو الكتاب والسنة المتواترة والاجماع ، وظني وهو خبر الآحاد والقياس .

ولهذا قسموا الدليل النقلي باعتبار الثبوت والدلالة الى أربعة أقسام :

الاول : قطعي الثبوت ، والدلالة كالنصوص المفسرة(١)

---

(١) المفسر مأخوذ من الفسر بمعنى الكشف فهو مكشوف معناه . وهو في الاصطلاح : ما ازداد وضوحا على النص بحيث لايحتمل التخصيص ان كان عاما والتأويل ان كان خاصا. مثل قوله تعالى في سورة التوبة (٣٦ وقاتلوا المشركين=

أو المحكمة(١) مثل قوله تعالى(٢) (ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد) والسنة المتواترة التي مفهوماتها قطعية ويثبت به الفرض والحرمة .

الثاني : قطعي الثبوت ظني الدلالة . كالآيات المؤولة(٣) كقوله تعالى(٤) (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) فليس قطعيا في الدلالة على الحيض أو الطهر .

الثالث : ظني الثبوت قطعي الدلالة . كاخبار الآحاد . التي مفهوماتها قطعية ويثبت بهما الوجوب وكراهة التحريم .

الرابع : ظني الثبوت ظني الدلالة . كاخبار الآحاد التي مفهوماتها ظنية ويثبت به الاستحباب وكراهية التنزيه .

والادلة الشرعية التي تستفاد منها الاحكام ، ويستمد منها الفقه نوعان :

= اسم ظاهر عام نص في اهانة المشركين ويحتمل التخصيص فلما ذكر بعده كافة أصبح مفسرا لايحتمل التخصيص . ونحو طلقي نفسك واحدة ، فان طلقي نفسك خاص يحتمل التأويل بالثلاث وبذكر الواحدة ارتفع احتمال التأويل .

(١) المحكم معناه لغة المتقن ، وفي الاصطلاح : ما ازداد قوة على المفسر بعدم احتمال النسخ ، كقوله صلى الله عليه وسلم (الجهاد ماض الى يوم القيامة) وانقطاع احتمال النسخ قد يكون لمعنى في ذاته بأن يكون معنى الكلام لا يحتمل التبديل عقلا كالآيات الدالة على التوحيد كآية الكرسي وسورة الاخلاص أو يكون فيه ما يدل على التأييد كقوله تعالى من سورة الاحزاب (٥٣ ولا ان تنكحوا أزواجه من بعده أبدا) وكحديث الجهاد المذكور .

(٢) الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) المؤول لغة مأخوذ من آل اذا رجع والمراد به اصطلاحا هنا ما ترجح من المشترك بعض معانيه بما يوجب الظن فالمشترك قبل الترجيح مشترك وبعده مؤول .

(٤) الآية ١٢٨ من سورة البقرة .

الاول : ادلة اتفق الجمهور من الفقهاء عليها ، وهي الكتاب الكريم ، والسنة النبوية والاجماع ، والقياس . وهي مرتبة في الاستدلال بها ، على هذا الترتيب ومما يستدل به على ذلك :

قوله تعالى(١) : (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الامر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا) .

فالامر باطاعة الله واطاعةالرسول أمر باتباع الكتاب الكريم ، والسنةالنبوية. والامر باطاعة أولي الامر أمر باتباع ما أجمع عليه المجتهدون ، لأنهم أولوا الامر التشريعي . والامر برد المتنازع فيه ، الى الله والى الرسول ، أمر باتباع القياس فيما لانص ولا اجماع فيه ، لان القياس ، هو الحاق واقعة لم يرد بحكمها نص ، ولا اجماع ، بواقعة ورد بحكمها نص أو اجماع لتساوى الواقعتين ، في علة الحكم .فالآية رتبت هذه الادلة الاربعة في الاستدلال بها ، على هذا الوجه ...،

النوع الثاني من الادلة : ادلة اختلف الجمهور في الاستدلال بها ، وأشهرها ستة هي : الاستحسان ، والمصلحة المرسلة ، والاستصحاب ، والعرف ومذهب الصحابي ، وشرع من قبلنا .

فضله والحاجة اليه

عرف العرب قبل الاسلام أنواعا من المعاملات ، كالبيع والشركة ، والاجارة ، والرهن والسلم والمضاربة ، والربا ، وعرفوا العقوبات ، فكانوا يقولون: القتل انفى للقتل وكانوا يعرفون القسامة . والدية ويجعلونها على العاقلة وكانت لهم أنواع مختلفة من صلة الرجل بالمرأة .

يقول البخاري(٢) : (ان النكاح في الجاهلية كان على أربعة انحاء ، فنكاح

---

(١) الأية ٥٩ من سورة النساء .

(٢) نقلا عن الاموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص١٦ .

منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل الى الرجل وليته ، او بنته فيصدقها ثم ينكحها ، فهذا هو عقد الزواج الذي أقره الاسلام ، والغى غيره مما يعتبر سفاحا أو زنا ولم تكن هذه القواعد مدونة بحيث يرجعون اليها عند الحاجة ولا كانت تعرف باسم يخصها كالفقه مثلا .

بل كان يعتريها النقص ويشوبها الخلل ، عند تطبيقها على الشريف منهم وغيره مع ما كان في الحياة العامة عند العرب وغيرهم من الامم من الفوضى الشاملة ، والاوضاع الفاسدة فمست الحاجة ، الى دين قيم ، ليصحح الاوضاع ، ويصلح أسس الحياة فجاء الاسلام دين الاصلاح الجذري الشامل والعدالة التامة الوافية ، فاصلح الفاسد ، وعدل المعوج ووضع الاسس السليمة للحياة الصالحة الكريمة .

فاقر من المعاملات السابقة ، ما كان صالحا للبقاء ، والغى كل ما كان فيه فساد أو أكل أموال الناس بالباطل . والغى الربا والبيوع الفاسدة ، التي فيها مخاطرة ، أو مغامرة ، وأقر من الانكحة ، ما يتفق مع تشريعه ، ووضع له اصوله ، وحدوده ، ليقوم به بيت طيب ، واسرة صالحة هي لبنة المجتمع وأساسه ، والغى الانكحة الاخرى التي هي في الواقع سفاح صريح . واقتضت حكمة الله تعالى ان يشرع للعباد نظاما ، يفوق كل نظام في اصوله وفروعه ، ويكفل السعادة للفرد والمجتمع . لان الناس قد جبلوا على الاثرة وحب الذات فلو تركوا وشأنهم من غير ان يشرع لهم نظاما يوجههم الى الخير ، لسادت الفوضى واضطربت المعيشة .

ومهما بلغ الانسان من اتساع الافق والمدارك ، فانه عاجز عما تتطلبه الحياة والاحاطة به فجاء الفقه الاسلامي ، وافيا بحاجات الناس ومحققا لسعادتهم ، وقد امتازت قواعده باليسر والمرونة ، فاعطت الحلول لكل المشاكل ، وأجابت عن كل ما تجده من الحوادث ونمت حتى أصبحت صالحة ، لكل زمان ومكان .

وذلك بفضل ما بذله المجتهدون الاسلاميون ، من جهد في تبسيط القواعد ، واستنباط الاحكام من النصوص بفهمها ، وبالقياس عليها فيما لم يرد فيه نص .

وقد بالغ هؤلاء المجتهدون ، في خدمة الفقه الاسلامي وتطبيق قواعده حتى لم يقفوا عند عالم الحس والشهادة ، بل طاوعتهم مرونتها ، ففرضوا المسائل الكثيرة ، ووضعوا لها الاحكام فتكونت بهذا المجهود العظيم ، ثروة تشريعية ضخمة ، فاعترف بها رجالات التقنين الحديث لانه لم يترك ناحية من نواحي الحياة الا تناولها . ولقد شهد بذلك مؤتمر القانون المقارن ، المنعقد بمدينة لاهاي في جمادي الاخرة سنة ١٣٥٦هـ - آب سنة ١٩٣٨م في قراره التاريخي . بالنسبة لابطال التشريع الاوربي ، والذي جاء فيه :

١ - اعتبار الشريعة الاسلامية ، مصدرا من مصادر التشريع العام .

٢ - وانها حية قابلة للتطور .

٣ - وانها شرع قائم بذاته ، ليس مأخوذا من غيره وقد شهد للفقه الاسلامي أيضا . مؤتمر المحامين الدولي المنعقد بمدينة لاهاي أيضا ، بين ١٥-٢٣ من آب سنة ١٩٤٨ وقد اشترك في هذا المؤتمر ٥٣ دولة من اقطار العالم ، وقد اتخذ قرارا تاريخيا هاما ترجمته :

نظرا لما في التشريع الاسلامي من مرونة . وما له من شأن هام . يجب على جمعية المحامين الدولية ان تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليها . فاصبح المسلمون وغير المسلمين ، في مسيس الحاجة الى الفقه الاسلامي والانتفاع بتشريعاته وقوانينه ، وبقدر الحاجة الى العلم ، يكون فضله وشرفه .

ولاشك انه أشرف العلوم ، بعد علم التوحيد المتعلق بذات الله ، وصفاته ، وأفعاله والايمان به ، وبملائكته وكتبه ، ورسله ، واليوم الاخر .

وقد نوه سبحانه وتعالى به فقال(١) : (يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد اوتي خيرا كثيرا) .

فقد قال المفسرون : المراد بالحكمة علم الفقه ، المبين للحلال والحرام والذي

---

(١) الآية ٢٦٩ من سورة البقرة .

يتوقف عليه ، الفوز بسعادة الدنيا والآخرة .

وقد ندب اليه سبحانه وتعالى بقوله(١) (فاولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون) .

فقد جعل سبحانه وتعالى (ولاية الانذار والدعوة ، الى الفقهاء . وهذه درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : (ما عبد الله بشيء أفضل من فقه في دين ، ولفقيه واحد أشد على الشيطان من الف عابد) .

وقال بعض الفقهاء : كل انسان غير الانبياء ، لا يعلم ما اراده الله به ، لأن ارادة الله تعالى غيب . الا الفقهاء . فانهم علموا ارادة الله تعالى بهم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين) .

الفقه والشريعة

الفقه بمعناه الذي تقدم أخص من الشريعة ، لأنه قسم منها لان الشريعة : هي الاحكام التي شرعها الله لعباده ، على لسان رسله ، فهي تشمل جميع الاحكام الشرعية سواء منها الاحكام التي تتعلق بذات الله تعالى ، وصفاته ، وافعاله والايمان به ، وبملائكته وكتبه ، ورسله واليوم الآخر وغير ذلك مما يسمى بعلم التوحيد .

وسواء منها الاحكام التي تتعلق بتهذيب النفس ، وما يجب ان يكون عليه الانسان من السلوك ، التي تكفل بها علم التصوف ، وعلم الاخلاق .

وسواء منها الاحكام التي تتعلق بافعال المكلفين . وماتصدر عنهم من التصرفات كوجوب الصلاة ، والزكاة وحرمة الربا والزنا ، وحل البيع والاجارة ، وغير ذلك مما يسمى فقها : فالفقه : اخص من الشريعة ، كما قلنا ، وان كانت أحيانا تطلق عليه من باب اطلاق العام ، وارادة الخاص .

---

(١) الآية ١٢٣ من سورة التوبة .

وقد يراد بالشريعة، الدين نفسه، كما في قوله تعالى(١) ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ﴾ في مقابلة شريعة موسى وعيسى عليهما السلام.

موازنة بين الفقه والاصول

يختلف علم اصول الفقه، عن علم الفقه، فيما يأتي:

اولا: يختلف في حقيقته، لان علم أصـول الفقه: هو العلم بالقواعد (٢) والبحوث التي يتوصـل بها، الى استنباط الاحكام الشرعية العملية، من أدلتها التفصيلية، أو هو مجموع القواعد والبحوث، لأنه كما يطلق على ادراك القواعد، يطلق على نفس القواعد. وأما علم الفقه: فهو العلم بالاحكام الشرعية العملية، من أدلتها التفصيلية او هـو مجموع الاحكام الشرعية العملية، المستفادة من ادلتها التفصيلية.

فالفقه: يبحث في فعل المكلف، ويستنبط له، من الدليل التفصيلي الحكم. الذي يناسبه كوجوب الصلاة وحرمة الربا، وحل البيع ....

ثانيا: يختلف في الموضوع، لان موضوع علم الاصـول: هـو الدليل الشرعي الكلي من حيث ما يثبت به من الاحكام الكلية، فنصوص القرآن لم ترد بصيغة واحدة، بل منها ما ورد بصيغة الامر ومنها ما ورد بصيغة النهي. ومنها ما ورد بصيغة العموم أو الاطلاق مثلا. وهذه الصيغ أنواع كلية. من الدليل الشرعي العام وهو القرآن.

فالاصولي يبحث في كل نوع منها، مستعينا بالاسلوب العربي، والاستعمال الشرعي، لينتج القواعد الآتية:

---

(١) الآية ١٨ من سورة الجاثية.

(٢) القواعد جمع قاعدة وهي قضية كلية تشتمل على احكام جزئيات موضوعها فالقاعدة والضابط معناهما واحـد وهو ما يؤدى اليه بحث الاصولي، ويستخدمه الفقيه في استنباط الاحكام الشرعية العملية من ادلتها التفصيلية.

الأمر للوجوب : النهي للتحريم ـ العام يشمل جميع افراده قطعا ، المطلق يدل على الفرد الشائع بغير قيد .

فالدليل الكلي : هو الذي تندرج تحته عدة جزئيات . نحو الامر فانه كلي يندرج تحته كل الصيغ ، التي وردت بصيغة الامر . فالامر دليل كلي ، والنص الذي ورد بصيغة الامر دليل جزئي ...

واما الحكم الكلي : فهو الذي تندرج فيه عدة احكام جزئية ، مثل الايجاب فانه حكم كلي ، يندرج تحته ايجاب الصلاة ، والزكاة ، والحج . والاصولي لايبحث في الدليل الجزئى ، وهو التفصيلي المعين ، ولا فيما يدل عليه ، من حكم جزئي . وانما يبحث في الدليل الكلي ، وما يدل عليه ، من حكم كلي ، ليضع قواعد كلية ، يطبقها الفقيه ، على جزئيات الادلة لاستنباط الحكم التفصيلي .

وأما موضوع الفقه : فهو فعل المكلف . من حيث ما يثبت له ، من الاحكام الشرعية . فالفقيه يبحث في بيع المكلف ، وصلاته ، وسرقته مثلا ، لمعرفة الحكم الشرعي ، الذي يتعلق بكل فعل من هذه الافعال .

وذلك باستخدام القواعد الكلية ، التي وضعها الاصولي . فيأخذها الفقيه مسلمة ليتوصل بها الى الحكم الشرعي العملي التفصيلي ، فيأخذ مثلا قاعدة الامر للوجوب ويطبقها على قوله تعالى(١) (واقيموا الصلاة) ويحكم بان الصلاة واجبة .

ويأخذ قاعدة النهي للتحريم ، ويطبقها على قوله تعالى(٢) (ولا تقربوا الزنا) ويحكم بان الزنا حرام .

و [illegible] يبحث الفقيه في الدليل الكلي ، ولا فيما يدل عليه من احكام كلية . وانما يبحث في الدليل الجزئي وما يدل عليه من حكم جزئي.

مما تقدم يعلم الفرق ، بين الدليل الكلي والدليل الجزئي ، وبين الحكم الكلي . والحكم الجزئي .

---

(١) الآية ٥٦ من سورة النور .

(٢) الآية ٣٢ من سورة الاسراء .

فالأصولي يضع القواعــد ، كما يضع المشرع القانوني مواد القانون والفقيه يطبق هـــذه القواعد الاصولية ، ليتوصل الى الحكم الشــرعي . كما ينفذ القاضي مواد القانون .

وطريقة التوصل الى معرفة الاحكام الشرعية ، من ادلتها التفصيلية هي : ان يركب الفقيه ، قياسا من الشكل الاول ، كبراه القاعدة الاصولية ، وصغراه الدليل التفصيلي او صغرى سهلة الحصول ، مأخوذة من الدليل التفصيلي ، فتكون النتيجة الحكم الشرعي المطلوب فاذا اريد الاستدلال مثلا . على ان قوله تعالى (واقيموا الصلاة) يفيد وجوب الصلاة ، يقول الفقيه : قوله تعالى (واقيموا الصلاة) امر وكل امر يفيد الوجوب ، ويحذف المكرر فينتج : قوله تعالى (واقيموا الصلاة) يفيد الوجوب ، وهو يقتضي وجوب ما تعلق به ، وهو الصلاة .

او يقول : الصلاة مأمور بها ، في قوله تعــالى (واقيموا الصلاة) وكل مأمور به واجب ، فينتج الصلاة واجبة .

وهكذا يفعل الفقيه في كل دليل تفصيلي ، سواء اكان امرا أم نهيا ، غيرهما :

ثالثا : يختلف في الاستمداد . فعلم الاصول يستمد من علم التوحيد ، وعلوم العربية والاحكام الشرعية (١)

وعلم الفقه يستمد من الكتاب ، والسنة والاجماع ، والقياس .

رابعا : يختلف في الغاية المقصودة من كل منهما ، فالغاية المقصودة من علم

---

(١) اما علم التوحيد فلان العلم بكون الادلة الشرعية مفيدة للاحكام يتوقف على معرفة الله تعالى وصفاته وصدق الرسول وغير ذلك مما لا يعرف الا في علم التوحيد. واما العربية فلان معرفة دلالات الادلة اللفظية يتوقف على معرفة موضوعاتها لغة. واما الاحكام الشرعية فلان الناظر في ادلة الاحكام الشرعية لابد ان يكون عالما بحقيقة الاحكام ليتصور القصد الى اثباتها او نفيها . ينظر حاشية ابن عابدين على الدار جـ ١ ص٢٨ الطبعة الاميرية سنة ١٣٢٣هـ .

أصول الفقه ان تطبق قواعـده على الدليل التفصيلي ، لاستنباط الحكم الشرعي العملي ، فبقواعده وبحوثه ، تفهم النصوص ، ويستنتج الحكم من القياس وغيره وبها يمكن الموازنة ، بين مذاهب الفقه المختلفة .

واما الغاية المقصودة من علم الفقه ، فهي العمل للفوز بسعادة الدنياوالآخرة. كما بينا ذلك في فضله والحاجة اليه .

الفقه الاسلامى

تشريع مستقل قائم بذاته(١)

لقد كثر الافتراء من بعض المستشرقين ، بان الفقه الاسلامى ، مأخوذ من القانون الروماني ومما استدلوا به على زعمهم ، ان نظام الشفعة ، في الفقه الاسلامى مأخوذ من نظام الاسترداد المعروف في القانون الروماني(٢) ، وان نظام الوقف ، مأخوذ من نظام المؤسسات الدينية في الفقه الروماني .

وهذا او ذاك زعم باطل ، لا اساس له من الصحة . ولا ظل له من الحقيقة ولم يحمل عليه الا الحقد الدفين ، والحسد البغيض ، لان نظام الاسترداد في القانون الروماني يجعل لمالك الحكر الخيار ، في اخذ الحكر اذا باعه صاحب حق الحكر ، بالثمن الذي عرضه المشتري ، او ان يوافق على بيعه ، ويأخذ فائدة قدرها ٢ بالمائة من الثمن وهذا نظام لانظير له في الفقه الاسلامي .

---

(١) اي ليس مأخوذاً من القانون الروماني - يراجع في هـذا البحث : كتاب بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي حسن ابي طالب والفقه في ثوبه الجديد للشيخ مصطفى الزرقا والاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى.

(٢) وحق الاسترداد في القانون الفرنسي أيضا وهو يعطي الوارث حق استرداد ما يبيعه احـد الورثة من تركة مورثهم أ هـ . من شرح القانون الجديد لمحمد كامل مرسي ج ٣ ص ٥٤٨ .

وانما نظام الشفعة ، فيه للشريك والجار ، دفعا للضرر عنهما ، فهو مبني على الا اس الخلقي الذي يسيطر على الفقه الاسلامى ، في جميع مباحثه .

واما نظام الوقف ، فقد استمد اساسه ، من رسول الله صلى الله عليه وسلم - فقد روى نافع عن عبدالله بن عمر قال : (اصاب عمر ارضا بخيبر ، فاتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها ، فقال يا رسول الله : اني اصبت ارضا بخيبر ، لم اصب مالا قط هو انفس عندي منه ، فماذا تأمرني فيه ، فقال : (ان شئت حبست اصلها ، وتصدقت بها ، قال : فتصدق بهـا عمر انه لايباع اصلها ، ولا يبتاع ، ولا يورث ، ولا يوهب) الحديث .

ففي الواقع ان المباديء القانونية ، في الفقه الاسلامي تختلف عن المباديء القانونية في الفقه الروماني .

فالقانون الجنائي ، في الفقه الاسلامى ، يشتمل على كثير من النظم الجنائية التي لانظير لها ، في القانون الروماني . مثل نظام الحسبة . ونظام التعزير . ومثل وجوب قطع اليد في السرقة ، مع ان القانون الروماني يطبق عقوبة الغرامة ، بضعف ثمن المسروق الى السارق ، وكذلك نجد نظام المواريث في الفقه الاسلامى مخالفا له ، في الفقه الروماني تماما(١) وكذلك نظـام الملكية والالتزام ، وغـير ذلك من الانظمة ، مما يدل على ان الفقه الاسلامى تشريع مستقل . قائم بذاته ، وليس مأخوذاً من القانون الروماني كما يزعم الزاعمون ، الذين لاسـند لهم الا الكذب والافـتراء .

ان القائلين بتأثر الفقه الاسلامي ، بالفقه الروماني ، لا سند لهم سوى ما ظهر لهم بادىء الرأي ، من التشابه ، بين بعض الاحكام ، في الاغراض ، كما يوجد بين الشفعتين من قصد دفع الضرر عن الناس ، مع تمام الاختلاف في الشروط والتطبيق . وهذا التشابه في الاغراض . لا ينهض دليلا . على مفترياتهم ، فقـد

(١) يراجع كتاب الميراث المقارن لمحمد الكشكي ص ٤ وما بعدها .

يكون مرده الى ان العقل السليم قد يتشابه في التفكير دون حاجة ، الى الاخذ والتقليد (١) ...

وقد نقل العرب فلسفة اليونان ، وافادوا منها ، ولم يثبت تاريخيا . انهم نقلوا رسالة واحدة من القانون الروماني ، لانهم كانوا في غير حاجة ، الى ذلك ، لأن لديهم ما يغنيهم من كتاب الله تعالى وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم :

بل يمكن القول : بأن القانون الروماني ، تأثر بالفقه الاسلامي . ايام النهضة الأوربية عن طريق علوم المسلمين وثقافتهم . ولقد شهد باستقلال الفقه الاسلامي واصالته وبأنه مصدر تشريعي هام ، رجالات القانون في اوربا وغيرها . من مختلف اقطار العالم فقد اصدر مؤتمر القانون المقارن . المنعقد في مدينة لاهاي ، في جمادي الآخرة ١٣٥٦ هـ .

ـ آب ١٩٣٨ م قراره التاريخي وقد جاء فيه :

١ ـ اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع .

٢ ـ وانها حية قابلة للتطور .

٣ ـ وانها شرع قائم بذاته ليس مأخوذا من غيره .

وكذلك مؤتمر المحامين الدولي . وقد اشترك فيه ثلاث وخمسون دولة . من اقطار العالم الذي انعقد في مدينة لاهاي ايضا ، من ١٥ ـ ٢٢ آب ١٩٤٨ فقرر القرار الآتي :

نظرا لما في التشريع الاسلامي ، من مرونة ، وما له من شأن عام يجب على جمعية المحامين الدولية ، ان تتبنى الدراسة المقارنة ، لهذا التشريع وتشجع عليها .

وقد قال الدكتور شفيق شحاته ، وهو مسيحي في شرح القانون المدني ص٨٦ آخر الهامش : (وتعتبر نظرية التزامات الجوار ، في الفقه الحنفي من ابرز ادلة على قابلية الفقه الاسلامى للتطور ، مع حاجات المجتمع ، بوسائله الخاصة دون ان يتأثر بمؤثرات خاصة) وعلى هذا يجب علينا ، ان لانعير هذه الفرية

---

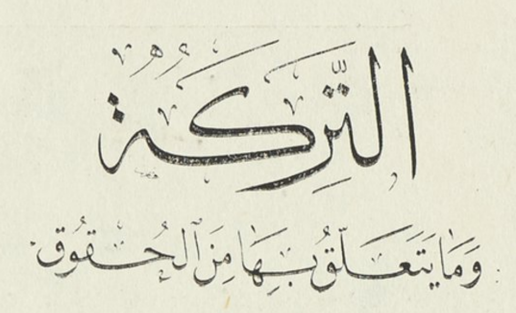
(١) الاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسي .

اهتماما ، ولا نكلف انفسنا مؤونة تكذيبها ، فقد شهد بكذبها الشهداء من اهلها وازهقها الله واماتها (وقل جاء الحق وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقا)(1) - (بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فاذا هو زاهق)(2) .

---

(1) الآية ٨١ من سورة الاسراء .

(2) الآية ١٨ من سورة الانبياء .



لما كان نظام المواريث من اهم النظم التي امتاز بها التشريع الاسلامي على سائر التشريعات الوضعية ، بل والسماوية . اردنا ان يكون موضوع دراستنا هذا العام اهم موضوع من موضوعات الميراث في الشريعة الاسلامية وهو : التركة والحقوق المتعلقة بها . وذلك لان الملكية حق مقرر للفرد والجماعة .

ولما كانت هذه الملكية تنتهي بوفاة المالك ، كان لابد من النظر في مآلها بعد انتهائها ، وفي طريقة توزيعها ، ومآل الالتزامات ، ولم يوفها في حال حياته ، وحق المطالبة بها ، وممم يكون الوفاء . ولقد عنيت جميع الامم المتحضرة وغيرها بتنظيم مواريثها ، ومآل تركاتها .

وقد عرف ذلك عن كثير من الامم القديمة (١) كقدماء الرومان وقدماء

---

(١) يراجع كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبري طبعة هندية سنة ١٣٢٠ هـ ــ ١٩٠٢ م من ص ٢٣٤ الى ٢٤٣ . او الميراث المقارن لمحمد الكشكي ص ٤ ــ ١٠ .

اليونان ، والامم الشرقية القديمة (١) وقدماء المصريين وقدماء اليهود والعرب في جاهليتهم ، وجميع الامم المتحضرة في العصر الحديث وهذه النظم تختلف باختلاف الامم ، في طرق معيشتها ، وفي اعرافها ، وتقاليدها ، وما اعتنقته من اصول وشرائع .

فلم يتفقوا على نظام واحد للميراث ، يبين حق المورث في توزيع تركته بعد وفاته ، ولا مآل الديون التي التزمها . بالنسبةللتركةوالورثة ولا حق الورثةوالموصى لهم . فلذلك كانت نظم المواريث . شديدة الاختلاف ، فيما تهدف اليه ، من نظام بالي ، وفي طرق الوفاء بما يتعلق بالتركة من الحقوق .

فسلكت كل امة النظام الذي يحقق اهدافها . ويوفر اغراضها ، مهتدية بما عندها من التقاليد والاعراف وما لديها من المباديء والشرائع .

والناظر في هذه النظم يرى انها ترجع في جملتها الى اصلين (٢) :

احد الاصلين : يجعل الوارث امتدادا لحيـــاة المورث وقد حل محله ، وانتقلت اليه ذمته .

فله كل الحقوق التي كانت للمورث ، وعليه كل الالتزامات التي التزمها في حياته ولم يقم بوفائها .

وعلى هذا الاصل قامت الشريعة الرومانية . والقوانين التي تفرعت عنها ، كالقانون الفرنسي مثلا ، فتلزم الورثة باداء الديون ، التي كانت على مورثهم ولو كانت اكثر من التركة ، محافظة على سمعة المتوفي ، وشرف الاسرة ، الا انه قـد وجد في القانون الفرنسي اخيراً نظام الاختبار ، وهو ان يكون للورقة الخيار في

---

(١) اي الامم التي سكنت الشرق بعد الطوفان الى انقراض دولة اليهود وحلول الرومان محلهم ، وهم الطورانيون والكلدان والسريان والشـاميون والعرب والفينيقيون وغيرهم ممن تفرع من هذه الامم .

(٢) يراجع التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ علي الخفيف ص ٣ .

رفض قبول الوراثة كلية وبذلك يخرجون منها ، لالهم ولا عليهم ،

ثاني الاصلين : يعتبر الوارث خليفة لمورثه ، في حقوقه فقط . محملة بما عليه من الالتزامات ، والوارث مستقل بذمته ، فلا يلتزم ما التزمه مورثه . وعلى هذا الاصل قامت الشريعة الاسلامية الغراء .

فلا يعد الوارث امتدادا لشخص المورث . ولا تكمل ذمته ، فلا يلزم بوفاء شيء من الديون التي كانت على مورثه الا بما تحملته التركة وامكن الوفاء به منها .

اهمية التركة والحقوق المتعلقة بها

وانما كانت التركة والحقوق المتعلقة بها ، اهم موضوعات الميراث ، لانها احد اركانه ، قال في شرح الترتيب (١) : (اركان الميراث ثلاثة ، مورث ووارث وحق مورث وهو التركة) .

وقد نص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م على هذه الاركان الثلاثة ، في الفقرة (آ) من المادة (٨٦) منه فقال :

اركان الارث ثلاثة :

١ ــ المورث وهو المتوفي .

٢ ــ الوارث وهو الحي الذي يستحق الميراث .

٣ ــ الميراث وهو مال المتوفي الذي يأخذه الوارث .

والتركة اهم هذه الاركان الثلاثة . لانه لولا وجودها . لما كان توريث ولا مورث ولا وارث .

بل قال السادة المالكية : ان التركة هي موضوع علم الميراث الذي يبحث عنه قال في الشرح الكبير لسيدي احمد الدردير (٢) : (موضوعه التركات) ... ومعلوم ان العلوم لا تتمايز الا بتمايز موضوعاتها .

ولا اهمية لأي علم من العلوم الا باهمية موضوعه الذي يبحث فيه عنه . والذي يجب على طالبه ان يصدق بموضوعيته .

---

(١) للشنشوري الشافعي ج ١ ص ١٠ . (٢) ج ٤ ص ٤٥٦ طبعة صبيح .

مقــدمة للتركة

ولما كانت التركة ، تشمل الاموال والمنافع والحقوق عند بعض الفقهاء ، كالشافعية ، والحنابلة والامامية والزيدية ...

ولا تشمل الا بعضها عند البعض الآخر كالحنفية ، كان ازاما علينا ، ان نذكر مقدمة مختصرة مجملة ، في المال والحق ، قبل بحث التركة ، باالقدر الذي تحتاج اليه الدراسة ، ويتوقف عليه تمام الفائدة .

ولما كان الحق يتنوع ، الى حــق مالى . قدمنا الكلام على المال لأن الحــق يتوقف ، في تقسيمه هذا على معرفة المال . . . . .

المـــال (١)

المال في اللغة نكتفي في تعريفه ، بما عرفه به ابن الأثير صاحب النهاية في غريب الحديث ، بقوله : (المال في الأصل ، مايملك من الذهب، والفضة ، ثم اطلق على كل شيء يقتنى ويملك ، من الأعيان ، وأكثر مايطلق المال ، عند العرب على الأبل ، لأنها اكثر أموالهم ، وتمول الرجل صار ذا مال وقد مول غيره) اهـ.

وفي الاصـــلاح عرفه الفقهاء : بأنــه كل مايمكن حيازته واحرازه(٢)

---

(١) يراجع في هذا البحث مجلة الاحكـــام العدلية ومرشد الحيران لمحمد قدري باشا والمعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف والاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى والفقه في ثوبه الجديد للشيخ مصطفى الزرقا .

(٢) الحرز في كتاب السرقة من شرح اللباب : مايمنع وصول يد الغير سواء اكان بناء أو حافظاً وفي المصباح : حاز الشيء حوزاً وحيازة ضمه وجمعه ، وكل من ضم شيئاً الى نفسه فقد حازه وأحرز الشيء بمعنى ضمــه ، ومنه قولهم : احرز قصب البسق اذ اسبق اليها فضمها. والمحوز في كتاب الرهن من اللباب: هو المجموع احترز به عن المتفرق كالثمر على رؤوس النخل والزرع في الأرض .

والانتفاع به على وجه معتاد .

فاعتبار الشيء مالا يتوقف على الامرين امكان احرازه وامكان الانتفاع به على الوجه المعتاد سواء اكان محرزا ومنتفعا به على الوجه المعتاد فعلا كالدور والارض ، والدواب ، والذهب ، والفضة والحيوان ، وغير ذلك ، من كل شيء نملكه ونتتفع به

أم كان غير محرز وغير منتفع به فعلا ، ولكن من الممكن احرازه والانتفاع به على الوجه المعتاد ، كالسمك في الماء ، والطير في الهواء ، والذهب في مناجمه ، والحيوان غير المستأنس في غابه ، وغير ذلك ، من كل شيء يمكن حيازته ، والانتفاع به على الوجه المعتاد .

واما ما لا يمكن حيازته فلا يعتبر مالا ، ولو كان منتفعاً به على الوجه المعتاد كالهواء ، ونور القمر ، وضوء الشمس وحرارتها ونحو ذلك من كل ما لا يمكن حيازته فعلا .

واما اذا أمكن حيازته فعلا ، وانتفع به على الوجه المعتاد . فانه يعد مالا ، وذلك كالهواء اذا ضغط في انابيب وامكن الانتفاع به على الوجه المعتاد(١) .

وكذلك لايعتبر مالا ، مايمكن حيازته ، ولا ينتفع به على الوجه المعتاد كحبة من قمح او شعير مثلا ، لعدم الانتفاع ، بواحدة منهما على الوجه المعتاد ، لأنه تزول عن المال ماليته اذا قل ، حتى صار لاينتفع به عادة

وكذلك لايعتبر مالا ايضا ، ما يمكن حيازته ، ولا ينتفع به لمانع شرعي كالميتة حتف انفها . فان ما منع الشارع من الانتفاع به على الوجه المعتاد من اجزائها لايعتبر مالا ، كلحمها وشحمها ، وأي جزء منها تجري فيه الحياة لعدم اباحة الانتفاع به شرعاً ، على الوجه المعتاد وان انتفع به في بعض الحالات .

واما الاجزاء التي لاتجري الحياة فيها ، فانها تعتبر مالا ، كعظمها وشعرها

---

(١) الاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى بالحاشية .

وصوفها ، لعدم منع الشارع من الانتفاع بها .

والخمر تعد من الاموال ، لامكـــان حيازتهـــا وانتفاع بعض الناس بها ، كالذميين فانهم تمولوها ، وان كانت لا تعد مالا متقوما بالنظر للمسلمين ، لعدم انتفاعهم بها شرعاً .

اقسام المـــال

ينقسم المال بالنظر لما تحتاج اليه الدراسة . لموضوعنا الى ألاقسام الآتية :

اولا : متقوم . وغير متقوم .

والمتقوم ليس معناه هنا مالہ قيمة ، بل معناه هو ما يباح الانتفاع به شرعاً ، حالة الاختيار كالحيوان المذكى .

وغير المتقوم هو ما لايباح الانتفاع به شرعاً ، حالة الاختيار كالخمر والخنزير والموقوذة . لعدم اباحة الانتفاع بها شرعاً او يكون غير محرز كالسمك في الماء . والطير في الهواء . فانه لايتقوم الا بالاحراز(١) .

ثانياً : الى مثلي وقيمي .

والمثلي : هو ما يوجـــد مثله في الســـوق . بدون تفاوت . كالمكيلات . والموزونات . والمقيسات التي هي من جنس واحد ونوع واحد او يوجد مثله مع تفاوت لايعتد به في القيمة كالعدديات المتقاربة ،

والقيمي : نسبة الى القيمة(٢) : وهو ما لا يوجدله مثل في السوق . او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة . كالدواب والبهائم(٣) . . . . وكذلك يشمل

---

(١) المجلة العدلية مادة ١٢٧ .

(٢) على لفظها لأنه لا وصف له ينضبـــط به في اصل الخاقة ، حتى ينسب الى صورته وشكله فيقال مثلي . اي له مثل شكلا . وصورة من اصـــل الخلقة اهـ . مصبـــاح .

(٣) المجلة المادة ١٤٥ و ١٤٦ .

الارض والدور .

ثالثاً : الى منقول . وغير منقول .

والمنقول هو كل ما يمكن نقله وتحويله . من مكان الى آخر . ويشمل النقود والعروض . والحيوان . ونحوها من القيميات والمثليات . ويدخل في ذلك السفن والطائرات . والسيارات والشجر . والبناء (ان لم يكونا تبعا للارض) .

وغير المنقول : هو العقار(١) وهو ما لايمكن نقله وتحويله . من مكان الى آخر كالدور . والاراضي(٢) .

رابعا : الى قابل للقسمة . وغير قابل لها .

والقابل للقسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم . بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بقسمته(٣) .

وغير قابل للقسمة : هو المال المشترك . غير الصالح للقسمة .بحيث تفوت المصلحة المقصودة منه بالقسمة كالكرسي . واللؤلؤة . والثوب المخيط والرحى.

المنـــافع

المنافع جمع منفعة : قال في المصبـــاح (النفع : الخير وهو ما يتوصل بـــه الانسان الى مطلوبه يقال : ينفعني نفعاً ونفيعة . فهو نافع . وانتفعـــت بالشيء .

---

(١) العقار عند الحنفية . في الاصل : هو الارض . مجردة . او مبنية رد المحتـــار من كتاب الوقف عن فتح القدير . والمالكية يعتبرون الغرس والبناء . القائمين من العقار . لاتصالهما بالارض . اتصال قرار (الشرح الكبير من باب الشفعة) وقـــد عرف القانون المدني العراقي العقار فقال : (العقـــار كل شيء له مستقر ثابـــت بحيث لايمكن نقله . او تحويله ، بدون تلف . فيشمل الارض البناء والغرض) اه نقلا عن الفقه في ثوبه الجديد للزرقا .

(٢) المجلة مادة ١٢٨ و ١٢٩ .

(٣)المجلة مادة ١١٣١ .

ونفعني الله به . والمنفعة اسم منه .

وهذه المنافع كسكنى الدار ، وركوب السيارة ، والحمل على الدابة ، وغير ذلك قد اختلف الفقهاء في عدها من الاموال .

فذهب الحنفية الى انها ليست من الاموال ، لعدم احرازها وحيازتها وانما هي ملك (١) وذلك لأن المنفعة ليست شيئا ماديا ، له وجود بحيث يحرز ويحاز ، وانما هي من الاعراض ، التي تحدث شيئاً فشيئاً ، حسب حدوث الزمن (٢) .

وعدها غير الحنفية من الاموال ، لأنه يكفي في احرازها ، وحيازتها ان تحرز وتحاز لمصادرها ، من الدور والسيارات ، والدواب ، والثياب وغير ذلك ، لأن من ملك دارا او سيارة ، يمنع غيره ، من الانتفاع بها الا بأذنه ، وهذا احراز وحيازة لها .

وهذا الرأي : هو الراجح ، لأن الاعيان لا تقصد لذاتها ، بل لمنافعها وقد جرى عرف العقلاء بذلك ، فهم يستعيضونها باموالهم في معاملاتهم ، ومعاوضاتهم ، بل هي الاساس في تقويم الاعيان واعتبارها .

ولا يتصور من اهل العقل السليم ، ان يستعيضوا غير المالي بالمالي . . . .

والعرف دليل شرعي اذا كان العمل به يحصل مصلحة شرعية ، من جلب منفعة او دفع مضرة ، ولم يعارض دليلا شرعيا اقوى منه . . . .

الحق

تعريفه ـ ما يشمله . وما لا يشمله ـ اقسامه .

تعريفـــه :

الحق في اللغة : خلاف الباطل . وهو مصدر حق الشيء ، من باب ضرب

---

(١) كما جاء في المادة ١٢٥ من المجلة .

(٢) البدائع من كتاب الغصب ج ٧ ص ١٤٥ .

وقتل اذا وجب وثبت (١) .

وفي الاصطلاح : اختلف الفقهاء في تعريفه .

وايسر تعريف له : هو ما عرفه به ، فضيلة الاستاذ الشيخ علي الخفيف (٢) بقوله : (الحق مصلحة مستحقة) .

ولعله اخذ هذا التعريف مما جاء في تبيين الحقائق شرح الكنز للزيلعي من قوله : (ان الحق ما استحقه الانسان) وحمل لفظ (ما) في تعريف الزيلعي على المصلحة متأثراً بالمذهب الحنفي .

والمصلحة : هي جلب المنفعة ، او دفع المضرة .

ومعنى مستحقة : مستوجبة (٣) اي ثابتة من قبل الشارع باقراره وحمايته ، وقلنا من قبل الشارع ، لأنه لا عبرة بالاستيجاب والاثبات من غيره .

وذلك كحق الولاية على الصغير ، لتربيته وتعليمه والتصرف في ماله ، مما يحصل المنفعة ، ويدفع المضرة ، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري . فانه مصلحة استوجبها الشارع واثبتها للاول على الثاني ، وكحق الملكية ، فانه مصلحة استوجبها الشارع واثبتها للمالك على ذات الشيء ، بحيث لا تتوقف ممارسة حقه على شيء سوى وجود المملوك .

وبما ان الحق مصلحة ، فانه لايشمل الاعيان ، المملوكة ، لان الاعيان اشياء مادية لها وجود وليست مصلحة مستحقة ولذلك يذكر بعض الفقهاء الحقوق في مقابلة الاعيان لأن ما ليس عينا ليس له قيام مستقل ، وانما يعرف بالاضافة الى غيره . والاختصاص به فيطلق عليه اسم الحق نظراً لهذا الاختصاص .

---

(١) المصباح المنير .

(٢) في كتابه الحق والذمة ص ٣٦ .

(٣) في المصباح المنير : استحق فلان الامر استوجبه فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول .

والحنفية: يذكرونها في مقابلة الاموال، ويقولون الحق ليس مالا لأن المال عندهم لا يكون الا عينا قائمة بذاتها . ولذا يستعملون الحق في آثار العقود، فيقولون : حقوق العقد ولا يقصدون بها الا آثار العقد من مصالح تضاف الى طرفيه لاستحقاق كل منهما لما يختص به شرعاً .

والظاهر من استعمال الفقهاء ان الحق لا يقتصر على المصلحة . لأن من تتبع استعمالهم للحق يجد انهم استعملوه في كل ما هو ثابت باقرار الشارع وحمايته فاطلقوه على المال وهو عين . سواء اكان عقارا ، او منقولا . فقالوا : هذه الدار حق لفلان ، وهذه الدابة حق لفلان . واطلقوه على المنفعة . فقالوا : سكنى هذه الدار حق لفلان كما اطلقوه على المصلحة سواء اكانت مالية ، ام ادبية . فقالوا : من حق البائع طلب الثمن من المشتري . ومن حق فلان ان يبدي رأيه ، واطلقوه على ما فيه معنى الاختصاص . كمرافق العقار كحق الشرب والمجرى والمسيل والتعلي .

أقسام الحق

ينقسم الحق بالنظر الى ما يهمنا ، في بحث التركة والحقوق المتعلقة بها الى ثلاثة أقسام :

اولا : حق مالي ، وهو ما ينقلب في النهاية مالا (١) ، كالدين في ذمة المدين ، وكالارش(٢) والدية الواجبة(٣) ، وغير ذلك ، مما يكون في النهاية مالا ، او تابعا

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ علي الخفيف ص ١١ .

(٢) الارش هو التعويض المالي ، الذي يجب في نظير ما ذهب من اطراف الانسان باعتداء عليها . ومقداره يختلف باختلافها . وهو مقدر بالنص في بعضها ، وفي بعضها متروك لحكومة عدل .

(٣) الدية هي مايدفع من الاموال بدلا عن النفس . وهي عبارة عن ١٠٠ من الابل او ٢٠٠ من البقر ، او الفي شاة ، او الف دينار ، او عشرة آلاف درهم ، او ٢٠٠ من الحلل ، كل حلة ازار ورداء ، وهي مستوية في المسلم والذمي والمستأمن ودية المرأة نصف دية الرجل ا . ه من المذهب الحنفي .

للمال . كحقوق الارتفاق(١) ، وذلك كحق المرور(٢) ، والشرب (٣) . وحق الشفة (٤) ، والمجرى (٥) والمسيل (٦)

---

(١) في مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ص ٩ (الارتفاق هو حق مقرر على عقار ، لمنفعة عقار لشخص آخر)

(٢) وهو حق مرور الانسان . بنفسه او معه دوابه ، الى ملكه من طريق عام ، او خاص ، في ملك غيره ، سواء اكان مملوكا له ومخترقاً ارض غيره ، او كان مملوكا لصاحب الارض المار بها .

(٣) الشرب بكسر فسكون لغة : النصيب من الماء ، ومنه قوله تعالى في شأن ثمود في سورة الشعراء (١٥٥ : قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) ويطلق على زمن الشرب .

ويستعمل في الشريعة بمعنيين ، بمعنى النصيب المستحق من الماء ، وبمعنى نوبة الانتفاع بالماء ، اي زمن الانتفاع به لسقي الشجرة او الزرع .

(٤) حق الشفة وهو الشرب بضم فسكون ، ويقصد به ، الحاجة لشرب الانسان والدواب وانتفاعه المنزلي ، وسمي بذلك ، لأن الشرب يكون في الانسان وكثير من الحيوانات بالشفة .

(٥) حق المجرى هو حق اجراء الماء في ارض الى ارض اخرى ، ليسقى به شجرها او زرعها ، سواء اكان مملوكا لصاحب المجرى مخترقا ملك غيره وهو قليل ،ام ملكا لصاحب الارض المار فيها ، وهو كثير ، ام كان مملوكا لكثيرين .

(٦) وهو حق صرف الماء ، باسالته حتى يصل الى المصرف العام ، او المستودع ، سواء اكان هذا الماء مسيلا ، من ارض زراعية ، ام من منزل ، او مصنع ، وسواء أكان من مطر ، او من السقي او من الاستعمال ، وسواء اكان مملوكاً له ، ومخترقا ارض غيره ، او مملوكا لصاحب الارض المار فيها .

والتعلي(١) ، والبقــاء في الحكر (٢) .

الثاني : حق شخصي : وهو ما يثبت للانسان ، بالنظر لذاته ، ولماله مــن مزايا ، وصفات ، لا توجدفي غيره ، كحق الولاية على النفس ، وحق تمتع الزوج بزوجته ، وحق الوظيفة والوكالة ، والخلافة ، والحضانة .

الثالث : حق شبيه بالحقين ، المالي والشخصي .

وهو الذي فيه ناحيتان : احداهما مالية لتعلقه بالمال ، وبها اشبه الحق المالي . والثانية شخصية لما لصاحبه ، من صفات ، لاتوجد في غيره ، وبها اشبه الحــق الشخصي .

فيلحق بأحد الحقين ، اذا تغلبت فيه الناحية التي اشبهه فيها ، فاذا كانت الناحية المالية هي المتغلبة ، الحق بالحق المالي ، واذا كانت الناحية الشخصية هي الغالبة الحق بالحق الشخصي .

ولذا كان هذا الحق الشبيه بالحقين ثلاثة أقسام :

الاول : ما اتفق الجميع ، على الحاقه بالحق المالي ، خلافا للظاهريــة . وذلك كحق حبس الرهن ، بعد وفاة المرتهن مثلا ، ففيه الناحية المالية ، لأنه نوع مــن الاستيثاق ، والاستيفاء ، وفيه الناحية الشخصية . لأن رضا الراهن ، بعقدالرهن مع هذا المرتهن ، لشخصه ، لأنه يطمئن الى توفر عقله . وحســن قيامه على الرهــن وامانتــه .

وكانت الناحية المالية ، هي المتغلبة عند الائمة جميعا ، لأن الرهــن شرع للاستيثاق والاستيفاء ، فالحقوه بالحقوق المالية لتوفر حكمة المشروعية فيه .

ومن هذا النوع حق حبس المبيع ، حتى يؤدى ثمنه ، وحق خيار العيب

---

(١) وهو حق الانسان في ان يعلو بناؤه بناء غيره ، كما في دار لها ســفل وعلو ، فباع صاحبها علوها لغيره .

(٢) وهو حق صاحب البناء او الغرس ، فيما حبس من الوقف على غيره .

وفوات الوصف . وأما الظاهرية فانهم غلبوا في هذه الحقوق الناحية الشخصية فلم يلحقوها بالحقوق المالية وألحقوها بالحقوق الشخصية .

الثاني : ما اتفق الجميع على الحاقه بالحق الشخصي ، كحق الانتفاع بسبب الاباحة . كسكنى الدار ، ففيه الناحية المالية ، لأنه يعتاض عنه بالمال . كما في اجارة الدور للسكنى ، وفيه الناحية الشخصية لأنه لم يمنح لصاحبه الا لصفات فيه ، لا توجد في غيره .

وكانت هذه الناحية هي المتغلبة عند الجميع ، فالتحق عندهم جميعـا ، بالحقوق الشخصية ، ومنه حق الولاية على المال .

ومن هذا النوع ايضا ، حق الرجوع في الهبة(١) . وذلك لأنه وان كان حقا ماليا ، وبه يزداد مال الموهوب له ، الا ان الناحية الشخصية فيه هي الغالبة ، لما في الهبة من اغراض ، وغايات روحية ، كتوثيق الصلة والمودة ، والبر ، والتقرب ، من الموهوب له ، وذلك كله ، امور شخصية تختص بالواهب .

ومن هذا النوع ايضا ، حق الاستحقاق في الوقف والولاية على المال وغيره.

الثالث : ما اختلفت انظار الفقهاء فيه . فمنهم من رأى ان الناحية الشخصية فيه هي الغالبة ، فالحقه بالحق الشخصي ... ومنهم من رأى ان الناحية المالية فيه هي الغالبة فألحقه بالحق المالي . وذلك كحق الشفعة وخيار الشرط .

فقد رأى الحنفية ان الناحية الشخصية ، هي الغالبة . لأن كلا مـن الشفعة وخيار الشرط رغبة ومشيئة لمن ثبت له الحق ، فان الشفيع ، ان شاء اصر على شفعته وتمسك بالمطالبة بها ، وان شاء تركها ، ومن له الخيار ان شاء امضى البيع وان شاء تركه وفسخه .

ورأى غير الحنفية ان الناحية المالية هي الغالبـة . في هذين الحقين ، لان

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ الخفيف ص٧ .

صاحب كل منهما . يملك ما تعلق به حقه ، وتزداد به ثروته ، فالحقوه بالحقوق المالية .

ويظهر رجحان رأي غير الحنفية ، فان كون الشفعة والخيار رغبة ومشيئة لمن ثبت له ، لا اثر له في الناحية المالية ، ولايضعفها ، لان ذلك شأن كل الحقوق ، فان صاحب الدين مثلا ، ان شاء طالب باستيفائه ، وتمسك به ، وان شاء تركه واسقطه ، ولم يؤثر ذلك على ناحيته المالية عند الجميع ، فكان حقاً مالياً بالاتفاق . ومن هذه الحقوق المختلف فيها ، حق المدين في الاجل الذي اجل اليه دينه .

فذهب الحنفية ، والشافعية ، والظاهرية ، والامامية ، ورواية عن احمد الناحية الشخصية ، فالحقوه بالحق الشخصي ، وبه قال مالك مشترطاً ، ان لا يكون موت المدين من الدائن ، وان لايكون المدين اشترط عدم حلول الدين بموته .

وذهب الزهري وبعض الفقهاء الى تغليب الناحية المالية ، فالحقوه بالحق المالي . قال الشيخ الخفيف(١) : وبهذا الرأي اخذ التشريع الوضعي .

التركـــة

اذا مات الانسان ، فقد يترك ما يملكه ، من الاعيان ومنافعها وما له من حق كما قد يترك ما التزمه ، في حياته ، ولم يقم بوفائه .

وبما ان الاصل الذي قامت عليه الشريعة الاسلامية ، في نظام الارث(٢) هو ان الوارث يعتبر خليفة لمورثه . في حقوقه فقط . محملة بما عليه من الالتزامات فان التركة هي التي تكون محلا لوفاء ما تفي به من الالتزامات .

ولايلتزم الوارث . بوفاء شيء من الديون . الا بما تحملته التركة وامكن وفاؤه منها .

وبعد ان ذكرنا المقدمات التي وفرت لنا المعلومات الكافية ، والوسائل اللازمة

---

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها ص٨ للشيخ علي الخفيف .

(٢) الاصل الثاني الذي قامت عليه الشريعة الاسلامية تقدم في ص٣٣ .

لفهم موضوعنا ، على الوجه الاكمل ، سنتكلم على التركة بشيء من التفصيل غير الممل ، من بيان معناها في المذاهب الاسلامية المختلفة ، وما تشمله ، وما لاتشمله، من الاموال ، والمنافع ، والحقوق ، وبيان المختار من هذه المذاهب ، وبيان الحقوق المتعلقة بها . وترتيب هذه الحقوق ، في الاستيفاء ، وبيان الحكمة في ترتيبها ، على هذا الوجه .

ثم الكلام على كل حق من هذه الحقوق ، بما تدعو اليه حاجة الدراسة وتتم به الفائدة المرجوة .

معنى التركة

التركة في اللغة : ترادف التراث ، فقد جاء في مختار الصحاح : ترك الشيء بمعنى خلاه ، وتركه الميت ، تراثه المتروك ، وجاء في المصباح : وترك الميت مالا خلفه ، والاسم التركة ، ويخفف بكسر الاول وسكون الراء ، مثل كلمة وكلمة والجمع تركات .

واما في الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء فيها : فقال الحنفية في المشهور عندهم : هي ما يتركه الميت ، من الاموال ، صافياً عن تعلق حق الغير بعينه (١) .

فكلمة ما يتركه الميت ، جنس في التعريف ، تشمل الاموال ، من العقارات . والمنقولات ، مثليات ، وقيميات ، القابل للقسمة منها ، وغير القابل لها ، والحقوق المالية ، كالديون التي للميت في ذمة الغير ، وتشمل الارش والدية(٢) الواجبة بالقتل الخطأ ، او بالصلح عن العمد ، او بانقلاب القصاص مالا ، بعفو بعض الأولياء ، او بشبهة الابوة ، كما اذا كان القاتل هو الاب ، فان القصاص يسقط ، وتجب الدية ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (لايقتل الوالد بولده ولا السيد بعبده) .

---

(١) حاشية الفناري على شرح السيد علي الراجية ص١٣ .

(٢) بينا الارش والدية في ص٤٠ بالهامش .

وتشمل الحقوق التابعة لها كحق المرور ، والشرب ، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي والبقاء في الحكر(١) ، والحقوق التي الحقت بالحقوق المالية(٢) كما تشمل الحقوق التي لاتكون مالا ولا في معنى المال ، عندهم ، كحق الخيار والشفعةوحق الانتفاع بالموصى به .

وكذلك تشمل الاعيان التي تعلق حق الغير بها ، كالعين المرهونة مثـلا ، ويسمى الحق المتعلق بها حقاً عينياً ، او ديناً عينياً ،لأن الحقوق العينية اوالديون العينية هي التي تعلقت بعين من الاموال ، ويقال لها في العرف الحديث : الديون الممتازة او الديون الموثقة .

وكلمة من الاموال ، قيد اول في التعريف ، خرجت بها المنافع ، والحقوق التي لاتكون مالا ، ولا في معنى المال . كحق الخيار . والشفعةوحق الانتفاع بالموصى به عندهم ، فلا تدخل في التركة فلا تورث .

وكلمة صافياً الخ قيد ثان في التعريف ، خرجت بها ، الاموال التي تعلقت بها الديون العينية ، كالعين التي رهنها الميت ، وسلمها للمرتهن ، فقد تعلق بها حق والمرتهن في حياة الراهن ، فاذا لم يترك سواها ، يكون المرتهن احق بها من غيره ، وكالعين التي اشتراها انسان ، فمات قبل تسلمها ، ودفع ثمنها ، فان البائع احق بها ، حتى يستوفي ثمنها ، وكالعين التي جعلت مهرا ، ومات قبل ان تتسلمها الزوجة فانها احق بها ، لأن حقها تعلق بها في حال حياته ، وكالعبد الجاني في حياة مولاه ولا مال له سواه ، فان المجني عليه احق به من المولى ، لأن حقه تعلق برقبة العبد حال حياة سيده .

فكل ما كان كذلك ، لايعد عندهم من التركة على هذاالقول المشهور عندهم لأن حق الغير ، تعلق به قبل صيرورته تركة .

---

(١) بينا الحقوق المالية في ص٤٠ وبينا هذه الحقوق في الحاشية في ص٤٠ و ٤١ .

(٢) بينا الحقوق التي الحقت بالمالية في ص٤٢ و ٤٣ .

وما فضل بعد ذلك هو التركة ، وهو الذي يتعلق به حق التجهيز ، وحقوق الدائنين ، دينا مطلقاً ، وحقوق الموصى لهم والورثة .

وقد تطلق التركة عندهم على ما يبقى من الاموال ، بعد التجهيز ، وقضاء الديون وهو الذي تنفذ فيه الوصية ويستحقه الورثة .

فلا تشمل التركة ، الاموال التي يحتاج اليها في التجهيز ، وقضاء الديون . لأنها مشغولة بحوائجه الاصلية وليست متروكة عنه .

وقد يراد بالتركة عندهم ايضاً : مايتركه الميت ، من الاموال مطلقاً ، كما هو المتبادر منها(١) فتشمل الاعيان التي تعلق حق الغير بها ، والاموال التي يحتاج اليها في التجهيز ، وقضاء الديون وما بقى للموصى لهم والورثه ، فانها اموال قد تركها الميت . ويتعلق بها ، حقوق التجهيز ، والغرماء ، والموصى لهم ، والورثة . وبمثل ماقال الحنفية في المشهور عندهم عن الحقوق قال الظاهرية أي لاتورث الا اذا كانت مالية أو تابعة للمال .

فيقرر ابن حزم : ان الله اوجب الميراث فيما يخلفه الانسان ، بعد موته ، من مال ، لا فيما ليس مالا ، واما الحقوق . فلا يورث منها ، الا ما كان تابعاً للمال او في معنى المال ، مثل حق الارتفاق ، والتعلي ، والبقاء في الارض المحكرة للبناء والغرس(٢) .

وقال الشافعية : التركة هي مايخلفه الميت ، من حق ، كخيار ، وحد قذف او اختصاص كالكلب ، او مال ، كخمر تخللت بعد موته ، ودية اخذت من قاتله لدخولها في ملكه ، وكذلك ما وقع في شبكة نصبها في حياته ، لأن سبب الملك ، هو نصبه للشبكة ، فالملك استند الى فعله فكان تركة(٣) .

---

(١) حاشية الفناري على شرح السيد علي السراجية ص١٣ .

(٢) الميراث في الشريعة الاسلامية للدكتور محمد يوسف موسى ٦٩ .

(٣) حاشية الخضري الشافعي على شرح الشنشوري على الرحبية ٤٢ بتصرف .

وكذلك الامر عند الحنابلة . فهم يذهبون . الى ان التركة هي الحق المخلف عن الميت . ويقال لها ايضاً التراث(١) .

وكذلك قال الامامية . فالتركة عندهم ، عبارة عما يتركه الميت ، من مال ، وهو يشمل المنفعة والحق .

قال في اللمعة الدمشقية وشرحها (٢) في شأن المفلس : (وتباع اعيان امواله القابلة للبيع ، ولو لم تقبل أوجرت ، او صولح عليها) فقد قسم الاموال ، الى اموال تقبل البيع كالاعيان واموال غير قابلة للبيع كالمنفعة .

وقال في شرائع الاسلام (٣) في باب الرهن : (ومن شرائطه ان يكون عينا مملوكا يمكن قبضه . . ويصح بيعه) ثم قال : (فلو رهن دينا لم ينعقد ، وكذا لو رهن منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد) .

فقد جعل المال قسمين : ما يصح رهنه وهو الاعيان وما لا يصح رهنه ، وهو الحق والمنفعة ، فالحق كالدين والمنفعة كسكنى الدار وخدمة العبد .

وبمثل ذلك قال الزيدية ايضا .

لأن المنافع عندهم في المالية كالاعيان كما يؤخذ من البحر الزخار من كتاب الاجارة .

وقال المالكية (٤) : التركة حق يقبل التجزى ، يثبت لمستحق ، بعد موت من كان له ذلك الحق .

فكلمة — حق : تتناول المال وغيره ، كالخيار والشفعة والقصاص ، والولاء والولاية .

---

(١) الميراث في الشريعة الاسلامية للدكتور محمد يوسف موسى ٦٨ نقلا عن كشاف القناع جـ ٢ ص ٥٤٠ .

(٢) جـ ١ ص ٣٤٦ .

(٣) جـ ١ ص ١٩٤ .

(٤) يراجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه جـ ٤ ص ٤٥٧ طبعة صبيح .

وكلمة ــ يقبل التجزى ــ المراد بالتجزى : ان يقال لفلان نصفه مثلا ، ولفلان نصفه ، وليس المراد بالتجزى الافراز والتمييز ، بأن يقال لمحمد هــذا الجزء ، ولمحمود هذا الجزء .

وبهذا القيد يخرج الولاء وولاية النكاح . لعدم قبولهما للتجزي لأنهما ينتقلان لمن هو ابعد من الموجود . بعد موت الاقرب اليه .

وقد استظهر الدسوقي ان الولاء كالقصاص والشفعة والخيار فاستفهم عن وجه اخراجه .

ولعل وجه استظهاره . انه لو اجتمع اثنان ، في درجة واحدة ، كابني المعتق يثبت الولاء لهما ، ويقال : افلان نصفه ، ولفلان نصفه ، فهو حق قابل للتجزى ، فيكون تركة .

وكلمة ــ يثبت لمستحق ــ اي بقرابة ، او نكاح ، او ولاء ، يخرج بها الوصية .

وكلمة ــ بعد موت الخ ــ يخرج بها الحقوق الثابتة با لشراء والاتهاب ونحوهــا .

فكل ما يخرج بالقيود المذكورة ، لا يسمى تركة عندهم .

فالتركة عند الحنفية ، فى المشهور عندهم ، وكذلك عند الظاهرية . تشمل بعض ما يتركه الميت ، ولا تشمل البعض الآخر .

فأولا ـ تشمل الاموال مــن العقارات ، والمنقولات . مثليات ، وقيميات وتشمل الحقوق المالية ، كالديون التى للميت فى ذمة الغير ، والارش ، والدية .

كما وتشمل الحقوق التابعة للاموال . كحقوق الارتفاق ، وكذلك تشمل ما ألحق بالحقوق المالية ، وهو كل حق ، فيه ناحيتان ، مالية وشخصية ، وكانت الناحية المالية فيه هى الغالبة على الناحية الشخصية ، كحق حبس الرهن وحق حبس المبيع حتى يؤدي ثمنه(١) .

---

(١) تقدم توضيح ذلك في ص ٤١ و ٤٢ و ٤٣ .

ثانياً ـ لاتشمل المنافع ، فمن استأجر ارضاً فمات فانه تنتهى الأجارة بموته لأن المنافع ليست من الاموال ، عندهم ، لعدم احرازها وحيازتها ، لأنها ليست شيئاً مادياً له وجود ، وانما هى من الاعراض تحدث شيئاً فشيئاً ، حسب حدوث الزمان فهى ليست مالا ، ولهذا لايقال لمن انتفع باستهلاك شيء بسبب الاباحة انه قد تموله وانما هى مملوكة ، تنتهى ملكية المتوفى فيها بوفاته .

ولا تشمل الحقوق الشخصية البحتة ، كحق الو ـ ية ، والوكالة والحضانة ، وانتفاع الزوج بزوجته ، والوظيفة والخلافة .

كما لاتشمل ما الحق بهذه الحقوق الشخصية ، وهو كل حق فيه ، ناحيتان . مالية وشخصية ، وكانت الناحية الشخصية فيه غالبة على الناحية المالية عندهم ، كحق الخيـــار والشفعة ، والانتفاع بالموصى به(١) . ولاتشمل الاعيان التي تعلق حق الغير بعينها(٢) .

وأما عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والامامية ، والزيدية ، فالتركـــة تشمل مايتركه الميت ، من الاموال ، والمنافع . والحقوق ، سواء اكانت مالية ام غير مالية ، عدا ما اخرجه المالكية ، وهو الحق الذي لايقبل التجزي ، كولاية النكاح .

وقد اخرجه الشافعي ايضا في تعريفه الميراث ، بمثـــل ما عرف مالك به التركة (٣) وعدا الحقوق الشخصية البحتة ، والحقوق التي ألحقـــت بها ، كحق الانتفاع بسبب الاباحة . كسكنى الدار مثلا .

هذا وقد تبين من تفصيل رأي الفقهـــاء ، انهم فريقان ، فريق يميل الى التضييق و ، ا الحنفية ، والظاهرية ، فلا يورثون المنافع ، ولا الحقوق ، الا ما كان مالا ، او تابعاً للمال .

---

(١) تقدم توضيح ذلك في ص ٤١ و ٤٢ و ٤٣ .

(٢) سبق التمثيل لهذه الاعيان ص ٤٦ .

(٣) شرح الترتيب جا ص ٩ و ١٠ .

وفريق يميل الى التوسع ، وهم غير الحنفية والظاهرية ، فيورثون الاموال بأنواعها والمنافع ، والحقوق ، عدا الحقوق الشخصية ، وما ألحق بها ، فانهم لا لايورثونها .

وبالموازنة بين مذهب الحنفية والظاهرية ، وبين مذهب غيرهم نرى : انهم قد اتفقوا على اشياء وانهم اختلفوا في اشياء .

فأولا ـ انهم قد اتفقوا على ان التركة تشمل الاموال بأنواعها سواءا كانت هذه الاموال تحت يده او تحت يد من يقوم مقامه ، في حيازتها ، كالمستعير ، والمستأجر ، والوديع ،والمرتهن ، او كانت تحت يد معتدية ، كالاموال المسروقة والمغصوبة ، وما منع عنها بغير حق .

وتشمل : ما استحقه في غلة وقف لم يتسلمها ، سواء اكان من المستحقين في الوقف ، ام من أصحاب الوظائف .

وتشمل الديون التي في ذمة الغير ، والارش ، والدية ، وباقي الحقوق المالية والتابعة لها كحقوق الارتفاق . والحقوق التي الحقت بالحقوق المالية ، كحق حبس الرهن بعد وفاة المرتهن ، وحبس المبيع حتى يؤدي ثمنه ، وخيار العيب ، وفوات الوصف(١) .

كما تشمل حق الاختصاص ، وهو الحق في ان يختص شخص بالانتفاع بعين ، دون ان يملكها ، لمانع شرعي ، من تملكها(٢) .

وكما اتفقوا ايضاً على انها لاتشمل الحقوق الشخصية البحتة التي لم ينقدح لاحد منهم ، انها مال ، او تابعة للمال ، كما لم ينقدح لاحد منهم انها صفة للعقد . بل الظاهر انه انقدح لهم جميعاً ، انها صفة لذي العقد ثبتت له لما له من

---

(١) تقدم في ص ٤٠ و ٤٢ .

(٢) كما في وضع اليد على الكلب والاعيان النجسة ، فان الشارع نهى عن تملكها لنجاستها وأباح بعض الانتفاع بها . فحق الاختصاص ، قابل للمعاوضة في ذاته ، =

صفات ومزايا لا توجد في غيره ، ولذا أجمعوا على انها لا تورث ، لانها ليست من التركة ، وانهوها بوفاة صاحبها . . . . وذلك كحق الوظيفة ، والوكالة ، والولاية ، وحق تمتع الزوج بزوجته ، والحضانة .

وكذلك الخلافة لا تورث ، خلافا للرافضة (١) . ومن هنا قالوا : لا خلافة الا لآل علي كرم الله وجهه .

ثانياً ـ اختلفوا في الاعيان التي تعلق حق الغير بعينها ، وفي المنافع والحقوق الاخرى كحق الخيار ، والشفعة ، والانتفاع بالموصى به . . فقال غير الحنفية والظاهرية : ان التركة تشملها ، وقال الحنفية : انها لا تشملها .

وقد استدل غير الحنفية والظاهرية بقوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقاً او مالا فهو لورثته بعد موته) فقد سوى صلى الله عليه وسلم بين الحق والمال في ان كلا منهما متروك بعد موتة لورثته فكل منهما تركة تورث .

= فيلحق بالاموال ويعتبر من التركة . وهذا رأي الشافعي وأحمد . وأماأبو حنيفة ومالك فقد جوزا تملك الكلاب .

وهذا الرأي و الراجح . اذلامعنى لجوازالانتفاع بها ، ومنع الغيرعنها ، مع عدم اباحة تملكها .

وفي حكم الكلاب جميع الاعيان النجسة ، التي يصح الانتفاع بها ، عنـــد الحنفية كالسرجين ، والشحم ، والزيوت النجسة .

وسواء اقلنا بالاختصاص ، ام بالملك ، فهم جميعاً اتفقوا على ان هذا الحق من التركة ، لأنه ملحق بالاموال ، لتغلب الناحية المالية فيه ، على الناحية الشخصية لأنه يقبل في ذاته ، ان يكون محلا للمعاوضة ، عند من يقول بالاختصاص ،وصالح للبيع عند من يقول بالملكية .

(١) فرقة من الشيعة بايعوا زيد بن علي ثم قالوا له تبرأ من ابى بكر وعمر رضي الله عنهما فأبى فتركوه ورفضوه وارفضوا عنه والنسبة رافضي اهـ من القاموس .

واستدل الحنفية بهذا الحديث ايضاً الا انهم فريقان :

الفريق الاول يرون ان كلمة (حقاً) ليســـت في الحديث ، وانكروها . وقالوا لا يبعد ان تكون زيادة من الراوي . فلا يكون الحديث دليلا على توريث الحقوق لكنهم الحقوا بالاموال ، من الحقوق ، ما كان تابعاً للمال .

والفريق الثاني يرى ان كلمة (حقاً) ثابتة في الحديث ، ويستدل بها على توريث بعض الحقوق ، وعلى عدم توريث بعضها(١) ، فيقول : ان الحقوق منها ما يتركه الميت ، فيورث ، ومنها مالايتركه ، فلا يورث . وذلك لأن الحقوق على ضربين :

الاول : حق يتعلق بالمحل ، وهو الذي يبقى بعد الموت ، لأنه يبقى ببقاء المحل المتعلــق به ، فيكون الميت تاركاً له ، فيثبــت لوارثه بالحديث ، وذلك كالقصاص ، لأن نفس القاتل ، يصير ملكاً للمقتول ، لقوله تعالى(٢) (النفس بالنفس) الآية .

فقد جعل سبحانه وتعالى ، نفس القاتل ، عوضاً عن نفس المقتول ـ بالباء ـ واذ صار ملكاً له فيتعلق بالموت ، فيكون تاركاً له ، فيورث بعد الموت .

والثاني : حق يتعلق بالفعل ، فيبقى ببقاء اهلية الشخص للفعل ، وبالموت لايبقى الشخص اهلا للفعل ، فلا يبقى له فيه حق ، فلا يتركه ، فلا يورث بعدموته للحديث ايضاً .

وذلك كخيار الشرط ، فانه يتعلق بالفعل ، لأنه عبارة عن ولاية الفسخ ، والشخص بالموت لايبقى اهلا للفسخ ، فلا يبقى له الحق ، فلا يكون تاركاً له ،فلا يورث للحديث ايضاً .

جاء في بداية المجتهد(٣) : (وموضع الخلاف : هل الاصــل ان تورث

---

(١) تراجع حاشية الكفاية المطبوعة مع فتح القدير وتكملته جـ٩ ص١٥٥ .

(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

(٣) جـ٢ ص٢٤٠ بتصرف .

الحقوق ، كالاموال أم لا .

فقال الشافعية والمالكية والحنابلة : ان الاصل أن تورث الحقوق كالاموال، الا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للاموال .

وقال الحنفية : ان الاصل ان تورث الاموال دون الحقوق ، الا ماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال .

وسبب اختلافهم : ان من انقدح له في شيء منها ، انه صفة للعقـــد ورثه، ومن انقدح له انه صفة خاصة بذي العقد لم يورثه) اهـ .

والمختار قول غير الحنفية والظاهرية وعلى هذا الاختيار فان التركة :

اولا ـ تشمل الاموال بأنواعها حتى ولو تعلقت بعين منها حقوق الغير .لأنه يصدق عليها ان الميت تركها ، بقطع النظر عمن يستحقها وذلك هو المتبادر منها ، والتبادر علامة الحقيقة . بل الدليل قائم على انها تركة ، لأن للوارث ان يبقى لنفسه هذه العين التي تعلق حق الغير بها ، ويقوم باداء ماعليها ، من حقوق الغير ، وليس لصاحب الحق المتعلق بها ، ان يرده عما اراد ، او ان يعترض عليه .

فلولا انها تركة ، وان حق الوارث ، قد تعلق بها ، لاستبد بها ، من تعلق حقه بعينها ، وما كان للوارث ان يبقيها لنفسه بأي حال كان ، ولو قام باداء ما عليهـــا .

وتشمل المنافع ، لانها اموال ، او يكون في نظيرها المال ، لأن الاعيـــان لا تقصد لذاتها ، بل لمنافعها ، وقد جرى عرف العقلاء على اعتبارها اموالا ، فهم يستعيضونها باموالهم ، في معاملاتهم ، ومعاوضاتهم ، بل هي الاساس في تقويم الاعيان واعتبارها ، ولا يتصور من اصحاب العقل السليم ان يستعيضوا غير المالي بالمالي ، فهي تابعة للاعيان ، تلك بامتلاكها ، فمن ورث عينا ، كانت له منافعها تبعا لها ، الا اذا اوصى الميت بمنافعها لغير الوارث . فان الوارث لا يملك المنفعة ، الا بعد انتهاء نفع الموصى له ، سواء اكان هذا الانتهاء بسبب انتهاء مدة الوصية ، ان كانت مؤقتة . او بسبب موت الموصى له ، ان كانت مطلقة .

وتشمل الحقوق المالية ، كالدين في ذمة المدين ، والارش ، والدية ، والتابعة لها كحقوق الارتفاق ، والحقوق التي الحقت بالحقوق المالية عند الجميع ، لتغلب الناحية المالية فيها ، عندهم جميعا ، كحق حبس الرهن وحبس المبيع حتى يؤدي ثمنه ، وخيار العيب ، وخيار فوات الوصف ، وكل حق كذلك ، مثل حق قبض العين التي اشتريت فانه ينتقل للوارث ، ويستطيع الوارث ان يطالب البائع بتسليم العين . كما يستطيع ان يحبس الثمن الذي هو دين في التركة حتى يتم التسليم(١) .

وتشمل على الارجح ، حق المدين في الاجل الذي اجل اليه دينه ، وحق القصاص ، والعفو عن القاتل عمدا ، وحق الاحتجار (٢) وحق الانتفاع بالارض الخراجية وحق قبول الوصية ، اذا مات الموصى له بعد موت الموصي ، وحق الشفعة ، وخيار الشرط ، وحق الاقالة ، وحق قبول المبيع بعد وفاة من اوجب البائع له ونحو هذه الحقوق .

فان كل حق من هذه الحقوق . فيه ناحية شخصية وناحية مالية ، فغلب بعض الفقهاء الناحية الشخصية ، وألحقه بالحقوق الشخصية ، وأنهاه بموت المورث ، وقال بعدم توريثه .

وغلب البعض الآخر ، الناحية المالية ، وألحقه بالحقوق المالية ، ولم ينهه بموت المورث ، وقال : بتوريثه .

ففي حق المدين في الاجل ، قال طاووس ، وابوبكر بن محمد ، والزهري ، بتوريثه ، وبهذا الرأي اخذ التشريع الوضعي وبه قال فريق من الفقهاء ومنهم

---

(١) مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج ٥ ص ٦٣ ،

(٢) وضع الاحجار في ارض الموات لتحديدها ، فانه ان سورها مريداً الاحياء واعلن الاستيلاء عليها فليس لاحد منازعته ثلاث سنوات فان لم يحيها في هذه المدة يسقط حقه .

الامام احمد الا انه اشترط لذلك ان يوثق الدين برهن او كفيل(١) ، وقال الجمهور بعدم توريثه .

وفي حق القصاص ، والعفو عن القاتل عمداً ، قال الصاحبان والشافعي : بتوريثه وقال ابو حنيفة : بثبوته للوارث ابتداء بطريق الخلافة لا الوراثة ، وفي حق الاحتجار يرى الحنابلة توريثه ، ولا يراه الحنفية .

وفي حق الانتفاع بالارض الخراجية ، يرى الحنابلة الارث ، ولا يراه المالكية وفي حق قبول الوصية . يرى المالكية ، والشافعية توريثه ، ولا يراه غيرهم . وفي حق الشفعة والخيار ، يرى الجمهور التوريث ، ولا يراه الحنفية . وفي حق الاقالة يرى المالكية توريثه ، ولا يراه الشافعي ، وكذلك في حق قبول البيع . وقد وقد رجح الرأي القائل بالتوريث في كل حق من هذه الحقوق .

قال الشيخ علي الخفيف(٢) : وعندي ان هذا الرأي(٣) هو ارجح الرأيين. فان الوارث يعد خليفة مورثه ، في كل ما يكون من مال ، او حق مالي ، وعلى ذلك جرت معاملات الناس . وعلى اساسه قامت حياتهم الاقتصادية ، وبه اخذت الشرائع الوضعية لما يحقق من مصلحة ، وما يترتب عليه من نفع اهـ .

ثانيا – لا تشمل الحقوق الشخصية كحق تمتع الزوج بزوجته ، وحق الوكالة والوظيفة والحضانة ، والخلافة .

وكذلك كل حق شخصي بحت ، كحق اللعان عند وجود سببه . والفيء الى الزوجة ، بعد الايلاء والعود بعد الظهار ، واختيار احدى الاختين اذا اسلم عليهما ، واختيار الاربع اذا اسلم على اكثر منهن .

---

(١) يراجع النص الذي ننقله فيما بعد عن القواعد لابن رجب .
(٢) التركة والحقوق المتعلقة بها للخفيف ص١٠ .
(٣) وهو الرأي القائل بالتوريث في كل حق من هذه الحقوق كلها .

فكل هذه الحقوق تنتهي بموت المورث . ولا ينتقل منها شيء الى الوارث ، وان كانت ثابتة للمورث (١) .

ولا تشمل الحقوق التي اتفق الجميع على الحاقها ، بالحقوق الشخصية ، لتغلب الناحية الشخصية فيها ، عندهم جميعا ، كحق الانتفاع بسكنى الدار مثلا .

ومن هذا النوع حق الرجوع عن الهبة ، فانه يسقط بموت الواهب اتفاقا ، ولا يثبت للوارث ، فلا يملك ان يسترد ما وهبه المورث ، ومنه أيضاً حق الاستحقاق في الوقف والولاية على المال .

ويقال للحنفية : ان ما يدعيه كل من الفريقين منكم لاينهض دليلا قوياً على عدم شمول التركة للحق . وذلك :

أولا - لأن ما يدعيه الفريق الاول منكم من ان كلمة حقاً ليست في الحديث ولايبعد ان تكون زيادة من الراوي هو مجرد احتمال لم يقم عليه دليل وكل احتمال لادليل عليه لا يعتد به ، لأنه لو اعتبر مثل هذا الاحتمال لأزال الثقة عن السنة كلها. بل هذه الكلمة في الحديث ومما يؤيد ذلك اعتراف الفريق الثاني منكم بوجودها فيه.

ثانياً - لان ما يدعيه الفريق الثاني منكم من التفرقة بين الحقوق التي تتعلق بالمحل والحقوق التي تتعلق بالفعل غير واضح لانه لا فرق بينهما(٢) .

وذلك لأن الفعل ، لابد له من محل ، فالحق الذي يتعلق بالفعل ، يتعلق بالمحل بواسطة تعلقه بالفعل ، الذي لابد له من محل .

وبهذا الاعتبار ، يكون الحق المتعلق بالفعل ، متعلقاً بالمحل ، فيبقى ببقائه ، ويكون الميت تاركاً له ، فيورث ، ويخلف الوارث المورث ، ويقوم مقامه ، في الفعل الذي كان يقوم به ، لو بقي على قيد الحياة ، لأن حياة الوارث امتداد لحياة المورث بالخلافة عنه ، في حقوقه ، قال الفناري(٣) : (الخلافة هي جعل الباقي كأنه الماضي) .

---

(١) يراجع الفروق للقرافي في النص الذي ننقله فيما بعد .

(٢) الميراث المقارن لمحمد الكشكي .

(٣) في حاشيته على شرح السيد علي السراجية ص ٤٠ .

فحق الشفعة مثلا ، متعلق بالفعل ، وباعتبار ان الشفعة متعلقة بالعين المشفوع فيها ، يكون الحق متعلقاً بهذه العين ، ويبقى ببقائها ، فيكون متروكاً ، فيورث ، ويخلف الوارث المورث ويقوم مقامه في الاستمرار ، بالمطالبة بالشفعة ، والتقاضي بها لأن الضرر الذي شرعت من اجله الشفعة ، للمورث حال حياته ، وهو ازعاجه عن خطة آبائه ، باق ، ويلحق الورثة ، عند حلولهم محل مورثهم .

فحكمة المشروعية متوافرة فيهم ، كما كانت لمورثهم .

وغير واضح ايضاً ان يقول الحنفية : ان الشفعة وخيار الشرط ، قد تغلبت فيها الناحية الشخصية معللين بأن كلا منهما رغبة ومشيئة ، لمن ثبت له الحق ، لأن الشفيع ان شاء اصر على شفعته ، وان شاء تركها ، ومن له الخيار ، ان شاء امضى البيع وان شاء تركه فيلحق كل منهما بالحقوق الشخصية لا المالية .

فغير واضح ان يقول الحنفية : ذلك لان الناحية المالية غالبة فيهما على الناحية الشخصية ، فان صاحب كل منهما يملك ما تعلق به حقه ، وتزداد به ثروته ، وكون كل منهما رغبة ومشيئة ، لا اثر له في الناحية المالية ، ولا يضعفها ، لان ذلك هو شأن كل الحقوق ، فان صاحب الدين مثلا ، ان شاء طالب باستيفائه ، وتمسك به ، وان شاء تركه واسقطه ، ولم يؤثر ذلك في ناحيته المالية ، عند الجميع ، وكان حقاً مالياً ، واعتبر من التركة بالاتفاق ، وقد اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م بأن التركة شاملة لكل ما يخلفه الميت ، بما فيه ما تعلق حق الغير بعينه ، وما يصرف في التجهيز ، وقضاء الديون ، وما يبقى للموصى لهم ، والورثة . حيث اوجب ، ما يصرف للتجهيز ، وسداد الديون ، ولم يفصل في الديون ، فشملت الديون العينية والمطلقة . وذلك في المادة ٨٧ منه ونصها :

= الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث اربعــة مقدم بعضها على بعض وهي :

١ ـ تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي .

٢ ـ قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله .

٣ ـ تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله .

٤ ـ اعطاء الباقي الى المستحقين .

كما اخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م في الجمهورية العربية المتحدة بذلك في الفقرة ا ـ ولى من المادة الرابعة منه ، ونصها :

مادة (٤) يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي :

اولا ـ ما يكفي لتجهيز الميت ، ومن تلزمه نفقته ، من الموت الى الدفن .

ثانياً ـ ديون الميت .

ثالثاً ـ ما اوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة . ولم يفصل في الديون ، فشملت العينية والمطلقة .

هذا هو رأي الفقهاء في التركة ، ورأى قانون الأحوال الشخصية العراقي ، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م في الجمهورية العربية المتحدة .

وأما القانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة ، فانه يعتبر ، كل متقوم نافع للانسان ، وفي مكنته ان يستفيد به ، ويستأثر به وحده ، ويبذله اذا اراد مالا ، تجوز فيه المعاملة ، وينتقل بالوراثة ، الى الورثة ، وقد يكون هـذا المتقوم ، شيئاً مادياً كالاعيان التي تحت الحواس ، وقد يكون امراً معنوياً ، كالحقوق المتقومة ، التي يمنحها القانون حماية ، كحق الاختراع وحق التأليف ، وما الى ذلك .

فالاموال في نظر القانون المدني في الجمهورية العربية المتحدة ، أوسع منها في نظر الفقه الاسلامي .

غير ان القانون استثنى من الاموال ، المنافع الموصى بها . فقد انهى الملك فيها بالموت ، على رغم ان الاموال تشملها ، وقد تملك الى مدة يحدث الموت في

اثنائها فتنتهي ملكيتها مادة (٥٩)(١) .

ومثل ذلك في الحكم ما يملك بالاعارة ، من المنافع . فان القانون ينهي ملكيته بوفاة المستعير ، ما لم يكن قد اتفق المعير والمستعير على غير ذلك مادة (٦٤٥) .

تنبيـه :

كل ما يعتبر من التركة يصلح لأن يتعلق به حق الوارث ، وان ينتقل اليـه بالوراثة وليس كله صالحاً ، لأن يكون محلا لوفاء الدين ، وتنفيذ الوصايا ، بـل بعضه يصلح لهذا ، وبعضه لايصلح له . وذلك لأن ما يتركه الميت ، ينقسـم الى قسمين :

احدهما : ما يعد في الحال مالا ، او يكون في النهاية مالا ، وهذا النوع يصلح لوفاء الديون ، وتنفيذ الوصايا ، وما يبقى بعد ذلك يكون للورثة ، وذلك ككل ما يملكه الانسان من عقار ، ومنقول مثليا ، او قيمياً ، وحقوق مالية ، كالديون في ذمة المدين أو تابعة للمال ، وكحقوق الارتفاق ، وغير ذلك ، مما اجاز الفقهاء ان يعتاض عنه بالمال ، وامكن ان يعتبر ذلك المال جزءاً من التركة .

ثانيهما : ما لا يعد في الحال مالا ، ولا يتحول الى مال ، بأن كانت حقوقاً مجردة ، لا تتعلق بالاعيان ، كحق حبس الرهن ، وحق حبس المبيع ، وحق الشفعة عند الجمهور ، وحقوق الاختيار ، وحق الاختصاص عند من يقول به .

فهذه الحقوق وما أشبهها ، لاتصلح ان تكون محلا لوفاء الدين ، ولا لتنفيذ الوصايا ، لأنها لاتعد في الحال مالا ، ولاتتحول في النهاية مالا ، بالاعتياض عنها . لعدم صحة الاعتياض فيها ، لأنها حقوق لاتباع ، لأي شخص آخر .

---

(١) نصها : تسقط الوصية بالمنفعة ، بوفاة الموصى له ، قبل استيفاء المنفعة الموصى بها ، او بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي اوصى له بمنفعتها ، او باسقاط حقه لورثة الموصي ، بعوض او بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وانما تصلح ان يصالح على تركها في نظير مال ، عند المالكية ، ولكن لا يكون ذلك المال جزأ من التركة ، بل يخاص ذلك للوارث . الذي انتقل اليه هذا الحق ، يدل على ذلك ما جاء في الخرش (١) (ان المفلس اذا مات عن شـفعة ، كانت لورثته لا للغرماء) .

فان لازم هذا ان يكون بدلها كذلك ، لأن بدل الشيء يحل محله ، ويكون لمن كان له المبدل منه .

ويؤيد ذلك ان الشفعة سببها الملك ، في اعيان التركة ، ولا ملك للغرماء في اعيانها . وانها حق لايباع بأي ثمن لشخص آخر ، اذا اراد الشفيع ذلك .

كما يؤيده ان اعتياض الوارث ، عن ترك الحق يعتبر اكتساباً شخصياً له بعمله، فيدخل في ماله الخاص ، ولايعتبر من التركة حتى يستوفي الغرماء منه .

---

(١) نقلا عن الشيخ الخفيف من التركة والحقوق المتعلقة بها ص١٤ بتصرف .

بعض النصوص الفقهية الهامة

فيما ينتقل من الحقوق الى الورثة وما لا ينتقل

قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري(١) : وننقل هنا بعضاً من النصوص الفقهية التي تتناول تعيين ما ينتقل من الحقوق الى الورثة وما لا ينتقل :

جاء في الفروق للقرافي (ج٣ص٢٧٥ - ص٢٧٩) وهو من كتب الفقه المالكي :

« اعلم انه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : = من مات عن حق فلورثته وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ما ينتقل الى الوارث ، ومنها ما لا ينتقل ، فمن حق الانسان ان يلاعن ، عند سبب اللعان ، وان يفيء بعد الايلاء ، وان يعود بعد الظهار ، وان يختار من نسوة اذا اسلم عليهن ، وهن اكثر من اربع ، وان يختار احدى الاختين ، اذا اسلم عليهما ، واذا جعل المتبايعان له الخيار ، فمن حقه ان يملك امضاء البيع عليهما او فسخه ، ومن حقه ما فوض اليه ، من الولايات والمناصب ، كالقصاص ، والامامة ، والخطابة وغيرها ، وكالامانة والوكالـة .

---

(١) في مصادر الحق جه ص٧٥ - ص٧٩ وقد آثرت النقل عنه على النقل من المصادر الاصلية لأن نقله منها يعتبر شهادة من كبار رجال القانون للفقه الاسلامي بما فيه من عمق التفكير ، ودقة التعبير .

فجميع هذه الحقوق ، لاينتقل للوارث منها شيء ، وان كانت ثابتة للمورث ، بل الضابط لما ينتقل اليه . ما كان متعلقاً بالمال ، او يدفع ضررا عن الوارث ، في عرضه بتخفيف المه .

وما كان متعلقاً بنفس المورث ، وعقله وشهواته ، لاينتقل للوارث ، . . . . والسر في الفرق ، ان الورثة يرثون المال ، فيرثون مايتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ، ولا شهوته ، ولا نفسه ، فلا يرثون مايتعلق بذلك ، وما لايورث لايرثون مايتعلق به ، فاللعان يرجع الى امر يعتقده ، لايشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والفيئة شهوته ، والعود ارادته ، واختيار الاختين والنسوة اربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين ، عقله وفكرته ورأيه ومناصبه وولاياته واجتهاداته وافعاله الدينية فهو دينه ، ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده واصله .

وانتقل للوارث خيار الشرط في المبيعات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى .

وقال ابو حنيفة واحمد بن حنبل : لاينتقل اليه .

وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين ، اذا اشترى مورثه عبداً من عبدين على ان يختار ، وخيار الوصية ، اذا مات الموصى له ، بعد موت الموصي ، وخيار الاقالة ، والقبول اذا اوجب البيع لزيد . فلوارثه القبول والرد ، وقال ابن المواز : اذا قال : من جاءني بعشرة فغلامي له ، فمتى جاء احد بذلك الى شهرين لزمه ، وخيار الهبة ، وفيه خلاف .

ومنع ابو حنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب ، وخيار تعدد الصفقة ، وحق القصاص ، وحق الرهن ، وحبس المبيع ، وخيار ما وجد من اموال المسلمين في الغنيمة فمات ربه قبل ان يختار اخذه بعد القسمة .

ووافقناه نحن على خيار الهبة في الأب للابن بالاعتصـــار ، وخيار العتق واللعان والكتابة والطلاق بأن يقول طلقت امرأتي متى شئت . فيموت المقول له . وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الاقالة والقبول .

ومدارك المسألة : على ان الخيار عندنا صفة لعقد ، فينتقل مع العقد ، فان آثار العقد انتقلت للوارث ، وعند ابى حنيفة صفة للعاقد ، لانها مشيئته واختياره ، تبطل بموته ، كما تبطل سائر صفاته ، ولأن الاجل في الثمن لا يورث ، فكذلك في الخيار ولأن البائع رضي بخيار واحد ، وانتم تثبتونه لجماعة ، لم يرض بهم ، وهم الورثة ، فوجب ان لا يتعدى الخيار من اشترط له ، كما لا يتعدى الاجل من اشترط له .

والجواب عن الاول : ان اختياره صفته ، ولكن صفة متعلقة بالمال فينتقل ، كاختياره الاكل والشرب ، وانواع الانتفاع في المال ، فان جميع ذلك ينتقل تبعا للمـال .

وعن الثاني : ان الاجل معناه تأخير المطالبة ، والوارث لا مطالبة عليه ، بل هو صفة للدين لا جرم لما انتقل الدين للوارث انتقل مؤجلا وكذلك ها هنا تنتقل الصفة لمن انتقل اليه الموصوف فهذا لنا لا علينا .

وعن الثالث : انه ينتقض بخيار التعيـين ، وشرط الخيار للاجنبي ، وقد اثبتوه للوارث ، وبما اذا جنى فانه ينتقل الى الولي ما لم يرض به البائع .

فهذا تلخيص مدرك الخلاف ، ويعضدنا في موطن الخلاف ، قوله تعالى(١) : (ولـكم نصف ما ترك ازواجكم) وهو عام في الحقوق ، فيتناول صورة النزاع ، ولم يخرج عن حقوق الاموال ، الا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الاطراف والجرح والمنافع في الاعضاء ، فان هاتين الصورتين تنتقلان للورثة ، وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث ، بما دخل على عرضه ، من قذف مورثه والجناية عليه ، واما قصاص النفس فانه لا يورث ، فانه لم يثبت للمجني عليه ، قبل موته ، وانما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس ، فلا يقع الا للوارث ، بعد موت المورث .

---

(١) الآية ١٢ من سورة النساء .

فهذا تلخيص هذا الفرق ، وبيان سره ، ومداركه ، والخلاف فيه .

وجاء في القواعد لابن رجب (ص٣١٥ - ص٣١٨) وهو من كتب الفقه الحنبلي : (فيما يقوم فيه الورثة ، مقام موروثهم من الحقوق ، وهي نوعان : حق له وحق ، عليه .

فأما النوع الاول : فما كان من حقوقه يجب بموته كالدية والقصاص في النفس ، فلا ريب في ان لهم استيفاءه ، وسواء قلنا انه ثابت لهم ابتداء ، او منتقل لهم عن موروثهم ، ولايؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب ، ومال الشيخ تقي الدين الى ان مطالبته بالقصاص توجب تحتمه ، فلا يتمكنون بعدها من العفو ، وما كان واجباً له في حياته ، ان كان قد طالب به ، او هو في يده ، ثبت لهم ارثه ، فمنه الشفعة اذا طالب بها ، نص عليها احمد في اكثر الروايات ، وتوقف في رواية ابن القاسم ، وقال هو موضع نظر ، ومنه حد القذف ، ونص عليه ايضا ، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضي ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه : (انما يستوفى للميت بمطالبته منه ، ولاينتقل ، وكذلك الشفعة فيه ، فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع ، الا انه مبني على ملك مورثه ، ومنه خيار الشرط ، ونص عليه احمد ايضاً ، ومنه خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ، ذكره القاضي في خلافه ، واما ان لم يكن يطالب به ، فهو ضربان :

احدهما (١) حقوق التملكات ، والحقوق التي ليست بمالية ، كالقصاص وحد القذف ، ففيه قولان في المذهب ، اشهرهما انه لايورث ، ويندرج في ذلك صور منها الشفعة فلا تورث بغير مطالبته على المذهب ، وله مأخذان اشار اليهما احمد ، احدهما انه حق له ، فلا يثبت بدون مطالبته به والثاني ان حقه فيها سقط بتركه واعراضه ، لا سيما على قولنا انها على الفور ، ومنها حق الفسخ بخيار الشرط ، فلا

---

(١) اي احد الضربين وسيأتي يعبر عن الثاني بقوله الضرب الثاني .

يورث بغير مطالبة ، ومنها الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة ، فلا يثبت بدون المطالبة ايضاً ، وعن احمد في الهبة المخصص بها بعض للولد ، اذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع ام لا ، روايتان ، ومأخذهما ان رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره ، فلا يقوم غيره فيه مقامه ، او ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه ، حيث ظلم واعتدى ، فامر بالتعديل ، فاذا لم يفعله سقط ، او هو مأمور به لحق بقية الاولاد المظلومين ، فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته ، ومنها حد القذف ، فلا يورث بدون مطالبة ، ومنها خيار قبول الوصية ، المنصوص عن احمد ان الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه ، وقال الخرقي : يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة الموصى له ، لأن الوصية ، لزمت بموت الموصي فهي كالمملوكة .

الضرب الثاني : حقوق املاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة ، فينتقل الى الورثة ، بانتقال الاموال المتعلقة بها ، بدون مطالبة ، بخلاف الضرب الاول ، فان الحقوق فيه من حقوق المالكين ، لا من حقوق الاملاك .

ومن صور ذلك الرهن ، فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة ، ومنها الكفيل ، وهو كالرهن ، ومنها الاجل ، فلا يحل الدين المؤجل اذا اوثقه الورثة برهن ، او كفيل في اشهر الروايتين ، ومنها الردبالعيب ، وقد تردد القاضي في خلافه : هل هو ثابت للورثة ابتداء ، أو بطريق الارث ، والمشهور انه ارث ، لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له ، والخيار الثابت لفوات الصفة المشروطة في العقد مثله ، وذكر القاضي في كتاب التخريج : ان من باع سلعة الى اجل ، ثم مات المشتري ، فاشتراها البائع من ورثته بأقل من الثمن لم يجز ، لأن الوارث يملكها على حكم ملك الميت ، بدليل انه يرد على بائعها بالعيب ، فصار الشراء منه

كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل ، في بناء الوارث ، على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني الحقوق التي على المورث) .

الحقوق المتعلقة بالتركـــة

الحقوق جمع حق ، وهو كما قال الفناري في هذا الموضع (١) : (الثابت الذي لايسوغ انكاره ، والكائن الذي لا مرد له ، ولا محالة لوقوعه ، ومنه الحاقه للساعة اي تتعلق بالتركة هذه الكائنة ، التي يجب اخراجها منها ، عندوجوداسبابها) اهـ

ويؤخذ من ذلك ، ان معنى تعلق الحقوق بالتركة ، هو وجوبها فيها عنـــد وجود اسبابها .

والحقوق التى تتعلق بالتركة ، اختلف الفقهاء في تعدادها .

فذهب صاحب الدر من الحنفية ، والمالكية(٢) والشافعة(٣) الى انها خمسة :

١ ـ الديون العينية(٤) .

٢ ـ التجهيز .

٣ ـ الديون المطلقة(٥) .

٤ ـ الوصية .

٥ ـ الارث .

وقد ذكر صاحب الدر . وجه الحصر فيها ، فقال(٦) : (والحقوق هاهنـا

---

(١) في حاشيته على شرح السيد على السراجية ص ١٠ .

(٢) يراجع الشرح الكبير المطبوع على هامش حاشية الدسوقي جـ٤ ص٤٩٩ .

(٣) يراجع شرح الترتيب جـ١ ص٨ .

(٤) سبق تعريفها في ص٤٥ .

(٥) او المرسلة وهي التى اطلقت وارسلت عن التقييد بالتعلق بعين من المال .

(٦) في شرح الدر المختار المطبوع على هامش ابن عابدين جـ٥ ص٤٩٩ .

خمسة بالاستقراء(١) ، لأن الحق اما للميت ، او عليه ، أو لا ولا :

الاول - التجهيز ، والثاني اما ان يتعلق بالذمـــة ، وهو الدين المطلق ، اولا وهو المتعلق بالعين ، والثالث ، اما اختياري وهو الوصيـــة ، او اضطراري وهو الميراث) اه .

وذكر الدردير المالكي رحمه الله تعالى(٢) : وجهـا للحصر قريباً مما ذكره صاحب الدر الحنفي ، ثم قال : (والحصر في هذه وترتيبها استقرائي ، فان الفقهاء تتبعوا ذلك ، فلم يجدوا ما يزيد على هذه الامور الخمسة) اه .

وأما الشافعية فقد ذكروا وجه الحصر الذي ذكره صاحب الدر آنفاً (٣) .

وذهب غير صاحب الدر ، من الحنفية ، الى ان الحقوق المتعلقة بالتركةاربعة فقط ، ولم يعدوا الديون العينية ، لأن الاعيان التى تعلقت بها هذه الديون ، ليست من التركة ، على التعريف المشهور عندهم للتركة ، لأن حق الغير ، تعلق بها ، قبل صيرورتها تركة(٤) .

وقال الحنابلة وابن حزم : انها اربعة ، لأن لفظ الدين يشمل الديون العينية والمطلقــة .

وكذلك يفهم من كلام الزيدية .

ويؤخذ من كلام الامامية انها خمسة ، لأنهم قالوا : يتعلق بها الحبوة (٥)

---

(١) اي بالتتبع من موارد الشريعة .

(٢) في الشرح الكبير ج٤ ص٤٩٩ المطبوع على هامش حاشية الدسوقي .

(٣) في حاشية الخضري على شرح الرحبية ص٤٢ .

(٤) قد تقدم ذلك في ص٤٦ .

(٥) في المصباح (وحبوت الرجل حباء بالمد والكسر اعطيته الشيء بغير عوض والاسم الحبوة بالضم وفي الاصطلاح هي ان يعطى اكبر الذكور من الاولاد ان تعددوا او الذكر من تركة ابيه زيادة على غيره من الوارث ثيابه وخاتمه وسيفــه ومصحفه على سبيل الاستحقاق او الاستحباب وهي من منفردات الجعفرية .

زيادة على هذه الحقوق الاربعة .

والمختار رأي الحنابلة وابن حزم والزيدية ، وهو ان الحقوق المتعلقة بالتركة اربعة . لأن لفظ التركة يشمل الاعيان ، التى تعلقت بها الديون العينيـة ، خلافاً للحنفية ، وذلك لتبادر الفهم اليه ، ولأنه يصدق على هذه الاعيان ، ان الميت تركها ، بقطـع النظر عمن يستحقها ، ولأن لفظ الدين يشمل الديون العينية ، والمطلقـة فيقال : تركة مستغرقة بالدين ، من غير تفصيل في الدين الذي استغرقها ، فتكون الديون حقاً واحداً ، خلافاً لما ذهب اليـه صاحب الدر من الحنفية ، والمالكيـة ، والشافعية من كونها حقين (عينية ومطلقة) .

وخلافاً للامامية لأن الحبوة ليست حقاً مستقلا ، بل هي نوع من الميراث عندهم ايجابا ، او استحباباً ، فتكون هى والميراث حقا واحداً .

وعلى ذلك تكون الحقوق المتعلقة بالتركة اربعة حقوق هي :

١ ـ التجهيز .

٢ ـ الدين .

٣ ـ الوصية .

٤ ـ الارث .

واليك اقوال الفقهاء في ترتيبها :

ترتيب الحقوق

قد اجمع الفقهاء على ان هذه الحقوق المتعلقة بالتركة ، ليست كلها بمنزلة واحدة ، بل بعضها اقوى من بعض ، فيقدم على غيره ، في الاخراج من التركة .

كما اجمعوا على ان التجهيز ، والدين مقدمان على الوصية ، وان الوصية مقدمة على الارث ، الا انهم اختلفوا في الدين هل هو مقدم على التجهيز ام ان التجهيز مقدم عليه .

فذهب الظاهرية . الى ان الدين ، سواء اكان عينياً . ام مطلقاً ، يقـدم على التجهيز ، في الاخراج من التركة ، وانه اول حق ، يبدأ به منها .

قال ابن حزم(١) : (وعمدة ذلك قوله تعالى(٢) : (من بعد وصية يوصى بها او دين) فالتجهيز يكون بعد الدين لأن المال صار للغرماء ، بنص القرآن ، فان الشارع قدم الدين ، ولم يقدم قبله في التركة حقاً من الحقوق المتعلقة بها ، فيجب ان تكون التركة اولا ، في وفاء الدين .

فاذا اخرج التجهيز اولا كان على الغرماء خاصة ، اذا لم تف التركة بديونهم ومن الظـلم ان يخص الغرمـاء ، باخراج تجهيزه ، من مالهم ، دون غيرهم ، ممن حضر وفاته من المسلمين ، اذ لم يوجب ذلك . قرآن ، ولا سنة ، ولا اجماع ، ولا قياس ، ولا نظر ، ولا احتياط .

وذلك لان من مات ، وليس له مال ، يجب تجهيزه على كل من حضر وفاته، من المسلمين ، سواء اكان غريما ، ام غير غريـم لقوله تعالى(٣) : (انما المؤمنون اخوة) ولقوله صلى الله عليه وسلم (من ولي اخاه فليحسن كفنه) .

ومن الولاية ، حضور الوفاة ، فلا يخص بذلك الغرماء ،دون غيرهم ... وفي حكم عدم المال ، ان يكون الدين محيطا بالتركة .

وبذلك يكون حكم من احاط الدين بماله ،حكم من لم يترك شيئا اصلا ، فيكون تجهيزه على من حضر وفاته ، من المسلمين لا فرق بين غريم وغير غريم ، لأنهم اولياؤه في تجهيزه وستره .

وذهب الحنابلة الى ان التجهيز ، مقدم على الدين ، وانه اول حق يبدأ به من

---

(١) يراجع المحلى ج٩ ص٢٥٢ و ٢٥٣ و ٢٥٤ .

(٢) الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) الآية ١٠ من الحجرات .

التركة ، سواء أكان الدين لله تعالى ، ام للعباد ، وسواء أكان متعلقا باعيان التركة ، ام لم يتعلق بها .

وذلك لأن نفقة الانسان حال حياته مقدمة في ماله ، على سداد ديونه دفعا لهلاكه . وحفظا لكرامته .

ولهذا قدمت نفقة المفلس ، على ما سواها ، اذا بيعت امواله في سداد ديونه ، وتجهيز الميت وستره ، في معنى نفقته ، حال حياته ، قال في الشرح الكبير(١) : (اذا مات الميت بدء بتكفينه وتجهيزه ، مقدما على ما سواه ، كما يقدم المفلس بنفقته ، على ما سواه ، ثم تقضى ديونه لقوله تعالى (٢) : من بعد وصية يوصى بها او دين) .

وروى ملا مسكين من الحنفية : ان الصحيح ، تقديم التجهيز على الدين مطلقا ولو كان متعلقا بعين التركة . فروايته موافقة للحنابلة ، فيما ذهبوا اليه .

وكذلك ذهب الزيدية الى مثل ذلك ، فقالوا (٣) : (يقدم كفن الميت وتجهيزه على دينه ، اذا استثنى له في حياته ، فكذا بعدها) وقالوا (٤) : (يكفن من رأس ماله ولو مستغرقا لقوله صلى الله عليه وسلم : (كفنوه في ثوبه) واطلق وقالوا (٥) : ولم يأمر صلى الله عليه وسلم ببيع الكفن في الذي مات وعليه ديناران) .

وكذلك يرى الامامية : ان التجهيز مقدم على الديون ، قال المحقق الحلي في شرائع الاسلام (٦) : (ويؤخذ كفن الرجل من أصل تركته ، مقدما على الديون

---

(١) للمقدسي المطبوع مع المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٤ .

(٢) الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) البحر الزخار ج ٥ ص ٣٣٩ .

(٤) البحر الزخار ج ٢ ص ١٠٤ .

(٥) المرجع السابق ج ٢ ص ١٠٥ .

(٦) ج ١ ص ٣٦ .

والوصايا) وقال فيها ايضا في شأن المفلس(١) اذا باع الحاكم امواله : (ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ، ويقتصر على الواجب منه) ومثل الكفن باقي نفقات التجهيز ، لانها لازمة كلزومه .

ويرى الحنفية والمالكية والشافعية : تقديم الديون العينية ، على التجهيز .

اما الحنفية فانهم يرون ان الاعيان التي تعلقت بها هذه الديون ، ليست من التركة ، فان التركة على المشهور عندهم هو ما يتركه الميت من الاموال صافيا عن تعلق حق الغير بعينه ، فيجب تقديم تلك الديون ، بالنسبة الى الاعيان التي تعلقت بها . لانها تقدمت في التعلق بها ، عن كل حق سواها ، فلا يلحق اصحابها الضرر ، بطرو حق جديد ، متأخر عن حقهم الثابت قبل صيرورتها تركة ، يتعلق بها التجهيز وغيره .

واما المالكية ، والشافعية ، فانهم وان كانوا يرون ان هذه الاعيان التي تعلقت بها الديون من التركة ، الا انهم يقولون ، كما يقول الحنفية ايضا : انها تعلقت بها ، قبل صيرورتها تركة ، وقد كان اصحاب هذه الديون احق بالعين من مالكها حال حياته ، فانه كان لا يملك التصرف فيها ، حال حياته ، فلا يبيع العين ليشتري لنفسه بها ملبسا ، ولايؤجر بها مسكنا . واذا كان لا يجوز له ذلك ، في حياته ، وكان الدين مقدما على النفقة فيها ، فاولى بعد مماته . ان يقدم الدين على ما هو في معناها ، وهو التجهيز ، لأن الموت يجعل الديون المطلقة تتعلق بالاعيان بعد ان لم تكن متعلقة بها .

وذلك لضعف الذمة بالموت ، عن احتمالها ، فتقوي الاعيان الذمة ، واذا كان الموت من شأنه ان يعلق بالاعيان ما لم يكن متعلقا بها ، من الديون ويقوي تعلقها لا ان يضعفها ، فبالاولى لا يضعف ما كان متعلقا بها فعلا قبله ، بل يزيدها قوة على قوتها .

---

(١) جـ ١ ٢ ص ٢٠٢ .

ويرى أصحاب هذه المذاهب الثلاثة ، تأخير الديون المطلقة عن التجهيز فابن حزم يقدم الديون مطلقا ، على التجهيز ، سواء اكانت عينية ، او مطلقة .

والحنابلة ، وملا مسكين من الحنفية ، والزيدية ، والامامية ، يؤخرونها مطلقا عن التجهيز .

والحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، يفصلون فيها ، فيقدمون الديون العينية على التجهيز ، ويؤخرون الديون المطلقة عنه .

والمختار ما ذهب اليه الحنابلة وما رواه ملا مسكين من الحنفية ، وما ذهب اليه الزيدية ، والامامية . وهو ان التجهيز مقدم على الديون مطلقا . عينية اومطلقة ، وانه اول حق يبدأ به ، من تركة الميت ، لانه من حاجات الانسان الاصلية ، وحاجاته الاصلية مقدمة على سائر الديون حال حياته ، فعند افلاسه ، يبقى له قوته ، وملبسه ، ولايباع شيء من ذلك في دينه . مع تحقق القدرة على اكتساب ثوب آخر يستر به عورته ، وليس من المستحسن ، ان يستجدي كفنه وله اعيان ، ولو كانت حقوق الغير معلقة بها ، فأولى تقديم هذه الحاجات الاصلية بعد مماته ، لعجزه وعدم قدرته ، على كسب ما يستر عورته ، كما كان يقدر على ذلك حال حياته .

واذا وجب التجهيز ، في مال غيره اذا مات ، وليس له مال(١) ، فاحق واولى ان يجب ذلك ، في ماله ، ولو تعلق به دين الغير . لان اختصاصه في جميع الحالات بماله ، اقوى من الاختصاص بمال الغير اذا وجب فيه حق التكفين بسبب انه قد حضر وفاته .

ومما يدل على ذلك ، وجوب ستره ، حتى انه يجب تكفينه ، على اقاربه ، او في بيت المال ، او على المسلمين ، ولا يجب على احد ، ولا في بيت المال ، سداد ديونه .

---

(١) خلافاً للامامية فانهم يقولون باستحبابه لا بوجوبه قال الحلي في شرائع الاسلام ج١ ص٣٦ : (فان لم يكن له كفن دفن عرياناً ولا يجب على المسلمين ، بذل الكفن بل يستحب) .

ولا شك ان هذا يدل على ان التجهيز اهم من الدين ، والابتـداء بالاهم واجـب .

ولان النبي صلى الله عايه وسلم كفن مصعب بن عمير(١) رضي الله عنه ، لما استشهد يوم احد ، في تمرة لم يوجد له غيرها ، وحكي مثل ذلك في حمزة رضي الله عنـه .

ولخبر الصحيحين في المحرم الذي وقصته ناقته (كفنوه في ثوبيه) .

فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل في هذه الوقائع : هل عليه دين ، ام لا ، وترك الاستفصال في وقائع الاحوال ينزل منزلةالعموم في المقال ، ومقتضاه تقديمه على الحق المتعلق بعين التركة .

ويقال لابن حزم : ان قوله تعالى : (من بعد وصية يوصي بها او دين) الذي اعتمدت عليه ، في تقديم الدين على التجهيز ، لايدل على مدعاك ، لانه يدل على تأخير الميراث ، عن الدين والوصية ، ولا دلالة له مطلقاً على تأخيرالتجهيز عن الدين ، لانه ورد بعد بيان فرائض اصحاب المواريث ، فبين انهذه الفرائض،انما تكون بعد قضاء الدين ، وانفاذ الوصية .

ولا دلالة له ايضاً في قوله تعالى (انماالمؤمنون اخوة) فانه لايدل علىوجوبه في مال الغير لا في مال نفسه .

كما لا دلالة له في قوله صلى الله عليه وسلم (من ولي اخاه فليحسن كفنه) لانه لا يدل على اكثر من احسان الكفن ، سواء اكان من ماله او من مال غيره ، اذا لم يكن له مال .

فاذا احاط الدين بماله ، كان الغرماء بعد التجهيز ، وانتهاء حاجته ، كما كان ذلك في حال حياته ولم يوجد ما يرفع ذلك الحكم ، من الادلة .

---

(١) المبسوط للسرخسي ج٢٩ ص١٣٦ و ١٣٧ ويراجع الفناري على شرح السيد علي السراجية ص٢١ .

وهذا يدعو اليه الشعور الراقي ، والانسانية الكاملة .

ويقال للحنفية ، والمالكية والشافعية : ان تعلق الدين بالاعيان ، لا يدل على تقديم هذه الديون ، على التجهيز ، لأن حبسها عن مالكها حال حياته ، كان لحثه على قضاء الديون ، حيث له اضطراب ، في الحياة ، وقدرة على الكسب .

واما بعد الوفاة فقد ذهب اضطرابه ، وانقطع كسبه ، فكان احوج الى ملكه لتجهيزه فانه من حاجاته الاصلية ، التي تبقى له حال حياته ، كقوته ولباسه ، كما قلنا ، بل هذه اولى لأن الميت احوج اليه من سائر ديونه ، لعجزه وعدم قدرته .

هذا بيان آراء الفقهاء في تقديم التجهيز على الدين ، وبيان المختار منها .

وأما تقديم الدين على الوصية فقد قلنا : انه قد اجمع الفقهاء على تقديمه على الوصية ، لأنه تستغرقه حاجته ، فانه في حاجة الى الوفاء بدينه ، وابراء ذمته .

ولاشك ان فراغ ذمته من اهم حوائجه الاصلية ، قال صلى الله عليه وسلم : (الدين حائل بينه وبين الجنة)(١) فيقـــدم على الوصية ، ويكون بعد مؤن تجهيزه لأن تنفيذ الوصية ليس من اصول حوائجه .

ولما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه . انه قال : (رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين ، قبل الوصية)(٢) .

وفي المبسوط(٣) (قيل لابن عباس رضي الله عنهما ، انك تأمر بالعمرة قبل الحج ، وقد بدأ الله بالحج فقال تعالى(٤) (واتموا الحج والعمرة لله) فقال : كيف تقرؤون آية الدين فقالوا : (من بعد وصية يوصي بها او دين) فقال بماذا يبدأ فقالوا : بالدين ، قال : هو ذلك) .

---

(١) الاختيار شرح المختار ج٣ ص ٢١٦ .

(٢) شرح السيد علي السراجية ص٢٢ و ٢٣ .

(٣) ج٢٩ ص ١٣٦ ـ ص ١٣٨ .

(٤) الآية ١٩٦ من سورة البقرة .

ولأن قضاء الدين من اصول حوائجه ، فانه يفك به رهانه ، وتنفيذ الوصية ليس من اصول حوائجه ، ثم قضاء الدين مستحق عليه . والوصية لم تكن مستحقة عليه ، لأنها ان كانت من التبرعات فهي تطوع ، واداء الدين واجب فهو أقوى ، وان كانت من الواجبات فان كانت حقاً للعبد كالوصية الواجبة في قانون الوصية المصري فانها تكون في معنى الارث ، والإرث مؤخر عن الدين ، وان كانت حقاً لله تعالى فدين العبد مقدم على دين الله تعالى لأن الله هو الغني والعباد هم الفقراء ولان صاحب الدين ليس يتملك ما اخذ عليه ابتداء ، ولكنه في الحكم يأخذ ما كان له ، ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه ، والموصى له يتملك ابتداء بطريق التبرع .

وايد هذا كله ما روي (ان رجلا اعتق عبداً في مرضه وعليه دين فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قيمته) .

وانما فعل ذلك ، لانه قدم الدين على الوصية ، ثم بعد قضاء الدين تقدم الوصية في محلها على الميراث ومحل الوصية الثلث) .

ولان الدين تعلق بذمة الميت حال حياته ، وتعلق بالتركة كلها ، وقت الموت ، بل قال بعضهم : بتعاقه مستندا الى اول مرض الموت(١) ، واما الوصية فانها لم تتعلق بالذمة في الحياة ، بدليل انه يصح له الرجوع عنها ، ولم تتعلق بعد الموت بالتركة كلها ، وانما تتعلق بجزء منها . وهو الثلث ، فكان الدين اولى منها . فيقدم عليها .

وقد دل الاجماع على تقديم الدين على الوصية ، لان الامة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى الآن على ذلك من غير نكير .

وأما تقديم الوصية على الدين في آية المواريث : (من بعد وصية يوصي بها او دين) فانه تقديم في الذكر ، وهو لايستلزم التقديم في الحكم ، وانما قدمت في الذكر

---

(١) مرض الموت هو المرض الذي يفضي الى الموت غالباً ويعقبه الموت فعلا .

لامر اقتضى الاهتمام بتقديمها فيــه ، وذلك لكونها اشرف ، لانها قربة ، والدين مذموم غالباً .

ولحث الورثة على اخراجها ، لانها مأخوذة بلا عوض . فكانت مظنة لاهمال الورثة . بخلاف الدين ، فانه في مقابلة عوض ، وقد يكون موجوداً في التركــة ، فيسهل عليهم اداؤه .

ولانها حظ فقير ومسكين غالباً ، والدين حق غريم يطلبه بقوة ، كما صح عنه صلى الله عليه وسلم انه قال(١) : (ان لصاحب الدين مقالا) .

ولانها ينشئها الموصي من قبل نفسه . فقدمت في الذكر تحريضاً على العمل بها ، بخلاف الدين .

على ان آية المواريث ليست فيها صيغة ترتيب ، بل المراد ان المواريث انما تقع بعد قضاء الدين ، وانفاذ الوصية ، واتى بأو للاباحــة ، وهي كقولهم جالس الحسن او ابن سيرين ، أي لك مجالسة كل واحد منهما ، اجتمعا او انفردا .

فغاية ما تدل عليه ، تقديم جملة الوصية والدين على الارث .

وبذلك يكون قد دل الحديث والاجماع والعمل على تقديم الدين على الوصية في الحكم ، ولم يتعارض شيء منها مع الآية .

وقدمت الوصية على الارث بنص الآيه (من بعد وصية يوصي بها او دين) على انه انما تقدم الوصية على الارث ، اذا كانت بعين كالدار مثلا ، بمعنى انها اذا خرجت من الثلث ، فلا حق للورثة فيها ، فتفرز وحدها ، ويقسم بين الورثــة ما سواها . واما اذا كانت مطلقة ، كالوصية بثلث دار مثلا ، فلا تقدم لانها تكون في معنى الميراث لكونها شائعة ، في التركة ، ويكون الموصى له شريكاً للورثة ، بالقدر الموصى له به ، بحيث لايزيد على الثلث .

ويدل على ذلك انه اذا زاد المال بالنماء ، او بغلاء الاسعار مثلا ، زاد على

---

(١) من نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار للشوكاني ج٦ ص٥٣ .

الحقين ، واذا نقص بأن هلك بعضه ، نقص عنها(١) ، فيقسم للموصى له على أنه فريق ، وجميع الورثة فريق ، الا ان من نظر من الفقهاء الى ان القسمة بين الورثة، فيما يخصهم ، لاتكون الا بعد قسمتهم مع الموصى له . قال : ان الوصية مقدمة على الارث فالخلاف لفظي .

وبما قدمناه من الادلة على تقديم بعض الحقوق الاربعة المتعلقة بالتركة على بعضها يكون ترتيب هذه الحقوق على الوجه الآتي :

الاول ـ التجهيز .

الثاني ـ الدين .

الثالث ـ الوصية .

الرابع ـ الارث .

وقد اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م بأن الحقوق المتعلقة بالتركة اربعة وانها مرتبة بهذا الترتيب . وذلك في المادة ٨٧ منه وهذا نصها :

الحقوق التي تتعلق بالتركة ، بعد وفاة المورث اربعة مقدم بعضها على بعض هي :

١ ـ تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي .

٢ ـ قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله .

٣ ـ تنفيذ وصاياه ، وتخرج من ثلث ما بقي من ماله .

٤ ـ اعطاء الباقي الى المستحقين .

كما اخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م في الجمهورية العربية المتحدة بهذا الترتيب ، في المادة ٤ منه ونصها :

مادة ٤ ـ يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي :

---

(١) تراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٥ ص٥٠٢ المطبعة الاميرية ١٣٢٦هـ .

اولا ـ ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن .
ثانيا ـ ديون الميت .
ثالثا ـ ما اوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة الخ المادة .
الحكمة من ترتيب الحقوق على هذا النحو :

ان الناظر في ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة ، على النحو المتقدم ، ليدرك بالبداهة المصلحة الحقيقية ، والحكمة البالغة ، في هذا الترتيب ، وانه خير ترتيب واعدله ، فقد لوحظ فيه ، اول ما لوحظ، مصلحة المتوفى صاحب التركة ، وتوفير حاجاته ، وقدم منها الاهم على المهم ، بما يحقق نفعه ، ويدفع المضرة عنه ، وهذا شأن العقلاء ، في اعمالهم وتصرفاتهم .

وذلك لان الحق المتعلق بالتركة اما للميت ، او عليه ، أولا ولا ، فالذي له هو التجهيز ، والذي عليه هو الدين ، والذي لا له ولا عليه ، بل لغيره هو الوصية والارث .

وقدم ماله وهو التجهيز ، لانه من حاجاته الاصلية ، وقد قلنا في الاستدلال على اختيار تقديمه(١) : وحاجاته الاصلية مقدمة على سائر الديون حالة حياته ، فعند افلاسه يبقى له قوته وملبسه ، ولا يباع شيء من ذلك في دينه ، مع تحقق القدرة على اكتساب ثوب آخر يستر به عورته ، وليس من المستحسن ان يستجدي كفنه وله اعيان ولو كانت حقوق الغير متعلقة بها فاولى تقديم هذه الحاجات الاصلية ، بعد مماته ، لعجزه وعدم قدرته على كسب مايستر عورته ، كما كان يقدر على ذلك حال حياته الى آخر ما ذكرنا في وجه هذا الاختيار ، فانه دليل تقديم التجهيز على الدين وحكمته .

وقدم الدين على الوصية . لانه تستغرقه حاجاته ، فانه لايفك رهنه الا بسداد

(١) ص٧١ وما بعدها .

دينه . فمن المصلحة والحكمة ان يقدم على الوصية ، لأنه لايليق وهو صاحب التركة ان يبقى مرهوناً بدينه ، وانه يحال بينه وبين الجنة ويتمتع الآخرون من الموصى لهم والورثة ، بتركته وامواله .

ولان الوصية ان كانت من التبرعات ، فهي تطوع ، والدين واجب ، فهو اقوى وان كانت من الواجبات ، فان كانت حقاًللعبد كالوصية الواجبه ، في قانون الوصيه رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في الجمهورية العربية المتحدة . فانها تكون في معني الارث والارث مؤخر عن الدين .

وان كانت حقا لله تعالى . فدين العبدمقدم على دين الله تعالى ، لان الله تعالى هو الغني ، والعباد هم الفقراء .

وقدمت الوصية على الارث ، لانها لو تأخرت عنه لم يبق لها ما تنفذ فيه . ولأن فيها منفعة للمتوفى صاحب التركه الذي كدح في جمعها وتحصيلها لأنها ان كانت بواجبات ، فهو في حاجة لان يخلص مما عليه وتبرأ ذمته من تبعاته ، وان كانت من التبرعات فلعله يكون قد اراد بالوصية ان يتلافى ، ما وقع منه حالة حياته من التقصير في اعمال الخير والبر . ولا شك ان مصلحة المتوفى مقدمة على مصلحة من عداه ، ولو كان اقرب الناس اليه .

وبعد ما بيناه ، من معنى التركة في المذاهب المختلفة ، وما تشمله ، وما لا تشمله ، والحقوق المتعلقة بها ، وترتيب هذه الحقوق ، وموقف القانون من ذلك ، والحكمة من ترتيبها ، على هذا النحو ، سنتكلم عن كل حق منها ، حسب هذا الترتيب المذكور ، بما تتطلبه الدراسة ، وتتم به الفائدة ، فنقول :

الحق الاول التجهيز

المراد بالتجهيز : اداء ما يكفي لنفقات ما يحتاج اليه الميت ، من وقت موته الى ان يوارى في قبره ، من كفن ، وغسل ، وحمل ، ودفن ، وشراء قبر ، اذا

لزم ، وغير ذلك من كل ما يحتاج اليه . من غير اسراف . ولا تقتير .

وقت تعلق التجهيز بالتركة :

التجهيز يتعلق بالتركة ، بعد الموت ، لاوقته ، ولا قبله ، لانه انما يتعلق بها عند ظهور الحاجة ، والحاجة الى التكفين والتجهيز ، انما تظهر بالموت ، فيتعلق بالتركة ، بعد حدوثه ، اي يجب بالقدر الذي يفي به منها .

ووجوب هذا الحق في التركة ، لايعدو احد امور ثلاثة :

الامر الاول : انه يجب على الورثة ، وتشغل به ذمتهم بايجاب الشارع ، ويتبعه وجوبه فيما ملكوه من مال المتوفى ولا يصح هذا لانه لو شغلت به ذممهم ، لوجب في اموالهم جميعها ، ولو كانت غير موروثة عن الميت ، ولكان عليهم وحدهم ، ولو لم يكن تركة ، والفقهاء قد ارادوا غير ذلك . فقالوا : يجب تجهيزه على من تجب عليه نفقته ، وقد يختلف عن ورثته .

الامر الثاني : انه يجب فيما تركه الميت مع انتقاله الى ملك الورثة دون شغل ذممهم .

ولا يصح هذا ايضاً ، لان ذلك يقتضي وجود دين بلامدين ، حيث لم تشغل به ذمة ، ولا نظير لهذا في التشريع .

الامر الثالث : انه يجب فيما تركه الميت ، على انه باق على حكم ملكه ، ما يفي بهذه النفقات .

وهذا اقرب الامور الثلاثة تعقلا ، وقد صرح به الحنفية في كتبهم فقد جاء في الغنية : (الدين وان قل يمنع ملك الورثة ، في التركة ، بقدره كالكفن) ومثل الكفن باقي نفقات التجهيز .

وكذلك صرح بذلك الحنابلة ، فقد جاء في باب الجنازة من كشاف القناع (ولا ينتقل من مال الميت ، الى الوارث ، الا ما فضل عن حاجته الاصلية ، من كفن ومؤونة تجهيزه ، ودفنه ، وقضاء دينه . ولو كان لله تعالى) .

وجاء في الباب نفسه من الشرح الكبير (ولا ينتقل الى الورثة من مال الميت الا ما فضل عن حاجته الاصلية ، وهذا قول اكثر اهل العلم)(١) .

واتفاق المالكية والشافعية على وجوب التجهيز في ماله ، ولو لم يرض الورثة، يدل على انهم يرون : ان ما يفي بذلك باق على ملكه .

وصرح بذلك الامامية ايضاً ، قال الحلي في شرائع الاسلام(٢) (اذا مات وعليه دين يستوعب التركة لم ينتقل الى الوارث وكانت على حكم مال الميت ، وان لم يكن مستوعباً انتقل الى الورثة مافضل ، وما قابل الدين باق على حكم مال الميت) والتجهيز مقدم على الدين عندهم كما تقدم(٣) .

فمعنى تعلق تجهيز الميت بتركته ، على هذا هو وجوبه فيما يفي به على ان هذا القدر من التركة باق على حكم ملكه ولم ينتقل الى الورثة .

ومع ترجيح هذا الرأي فإن هناك من الاقوال ما قد يكون ارجح منه وهو ان يكون محل ما يفي بالتجهيز بعد الوفاة ، ذمة الورثة ، في حدود ما يتركه الميت من أموال .

وقد ذهب الى ذلك بعض الفقهاء من الحنابلة في الدين فقال : (بأن محل الدين بعد الوفاة ، ذمة الورثة ، ولكن في حدود ما يتركه الميت من اموال ، على معنى انه لايطالب الوارث ، الا بقدر قيمة ما يتركه مورثه) .

ومقتضى هذا الرأي انه اذا لم يترك شيئاً ، لم يبق دينه ، بل يسقط ومن هؤلاء القاضي ابو يعلى .

فكذلك يمكننا ان نقول في نفقات التجهيز : ان محلها بعد الوفاة . ذمة الورثة في حدود ما يتركه الميت من اموال .

---

(١) جـ٢ ص٣٣٨ .

(٢) جـ٢ ص١٨٣ .

(٣) ص٧٠ .

وقد اتفق الفقهاء على ان التجهيز واجب من التركة ، بما يليق بأمثالـه ويناسب التركة والورثة ، من غير اسراف ، ولا تقتير ، لان الاسراف اجحاف بالورثة ، والتقتير تقصير في حق الميت ، ان اتسع حاله ، وكلاهما مذموم . (كلا طرفي قصد الامور ذميم) .

ويشير الى ذلك الاعتدال المطاوب قوله تعالى(١) : (والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) .

فالكفن المشروع ان يكون في العدد ثلاثة اثواب للرجال وخمسة للمرأة كما ارشدت الى ذلك السنة الغراء لما روي انه عليه الصلاة والسلام كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية وروي ان الملائكة كفنت آدم في ثلاثة أثواب وقالت هـذه سنـة موتاكم يابني آدم)(٢) ، وبذلك قال الامامية ايضاً . في شرائع الاسـلام(٣) (ويجب ان يكون في ثلاثة مئزر وقميص وازار ، ويجزيء عند الضرورة قطعـة واحدة ولا يجوز التكفين من الحرير) . ويعتبر في كل واحد منها ان يستر البدن بحيث لايحكي ما تحته .

وأما في القيمة . فيكون من اوسط ما كان يلبسانه في حياتهما .

وقيل : يكون كفن الرجل ، مما كان يلبسه في الجمع والاعياد والزيارات ، وكفن المرأة ، مما كانت تلبسه ، عند زيارة والديها ومحارمها .

ويكون الكفن من القطن عند الجميع ، ومن الكتان عند الجمهور ، خلافاً

---

(١) الآية ٦٧ من سورة الفرقان .

(٢) من الاختيار شرح المختار جا ص٩٢ وسحولية منسوبة الى سحول قريـة باليمن وفتح السين هو المشهور وعن الزهري ضمها اهـ .

(٣) جا ص ٣٥ .

للامامية فانهم يكرهونه منه ، قال في شرائع الاسلام(١) : (ويكره تكفينه من الكتان) .

ولا يباح ان يكون من الحرير للرجل ، ويجوز للنساء عند الجمهور ، الا اذا كان يعد اسرافاً يضر بالورثة ، او الدائنين .

فان لم يوجد للميت تركة فقد اختلف في تجهيزه :

فقال المالكية : يجب تجهيزه ، من بيت المال ، لان له حقاً فيه .

وقال الظاهرية : يجب تكفينه على من حضر من المسلمين وفاته .

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة : يجب تجهيزه على من تجب عليه نفقته شرعاً ، من اقربائه ، عند عجزه في حياته ، عن الانفاق على نفسه ، فان لم يكن له قريب ففي بيت المال ، والا فعلى اغنياء المسلمين ، اي فرض كفاية يسقط باداء بعضهم .

وقال الامامية : لايكلف احد بتكفينه ، قال في شرائع الاسلام(٢) : (فان لم يكن له كفن دفن عرياناً ، ولا يجب على المسلمين بذل الكفن ، بل يستحب) .

وقال الزيدية(٣) : (وهو من ماله ، ثم ممن تلزمه نفقته ، ثم من بيت المال اجماعاً ، ثم من المسلمين الموجودين في البلد ، اذ هم ورثته ، حيث لاوارث له ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الفقراء عالة الاغنياء)(٤) .

وكما وجب ان يخرج من تركة الميت ، نفقات تجهيزه ، فانه يجب ان يخرج منها ايضا على خلاف بين الائمة تجهيز من كانت تجب عليه نفقته شرعاً حالة حياته ،

---

(١) جـ١ ص٣٥ .

(٢) جـ١ ص٣٦ .

(٣) البحر الزخار جـ٢ ص١٠٥ .

(٤) البحر الزخار جـ٢ ص١٠٥ .

بسبب قرابة ، او زوجية ، او رق ، كولده الفقير وزوجته وعبده اذا مات قبلـه ولو بلحظة .

فذهب الشافعية وابو يوسف من الحنفية : الى انه يجب ان يخرج من التركة ، تجهيز من تجب على الميت نفقته ، كما كان يجب عليه ان يجهزه في حياته ، ســواء اكان من تجب عليه نفقته ، قريبه الفقير ، او عبده ، او زوجته مطلقاً ، سواء اكانت معسرة ، ام غنية ، او لها قريب تجب نفقتها عليه .

وذلك لان نفقتها حال حياتها ، كانت على زوجهـا ولو غنية ، فكذلك تجهيزها بعد مماتها ، اذ الزوجية باقية ، بعد موتها في الجملـة ، لجريان التوارث بينهما . وجواز غسلها عند الشافعية والامامية(١) .

وقال الامامية بذلك في الزوجة ، قال في شرائع الاسلام(٢) : (كفن المرأة على زوجها ، وان كانت ذات مال ، لكن لايلزمه زيادة على الواجب) .

وقال فيها ايضاً(٣) : (والزوج اولى بالمرأة من كل احد في احكامها كلها) .

وقال المالكية : انه لايجهز من التركة ، الا من كانت تجب على الميت نفقته بسبب الرق لا غير ، قال ابو البركات سيدي احمد الدردير رحمه الله تعالى(٤) : (وكذا مؤن تجهيز من تلزمه نفقته برق كموت سيد وعبده ، فان لم يكن له سوى كفن واحد كفن به عبده . لانه لاحق له في بيت المال ، وكفن سيده من بيت المال) قال الدسوقي : واحترز بقوله برق عمن كانت تلزمه نفقته بقرابة ، فانه لايلزم بعد موته مؤن تجهيزه في ماله) اهـ .

---

(١) يراجـع شرح الترتيـب للشنشوري جـ١ ص٨ وحاشية الخضري على شرح السراجية ص٤٤ وتراجع حاشية الفناري الحنفي على شرع السيد على السراجيـة ص١٢ والمختصر النافع الحلي ص٣٩ .

(٢) جـ١ ص٣٦ .

(٣) جـ١ ص٣٤ .

(٤) يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ٤ ص٤٥٨ طبعة صبيح .

وكذلك الزوجة ، لايجب عندهم ، تجهيزها على زوجها ، في حياته ، ولا في تركته بعد وفاته ، قال الخضري الشافعي(١) : (والمفتى به عند المالكية ، ان الزوج لايلزمه تجهيزها . لان انفـــاقه كان في مقابلة الاستمتاع ، وقد زال ، فان كانت فقيرة فعلى المسلمين ، والزوج كواحد منهم ا . هـ أمير).

وقال الامام احمد ، ومحمد بن الحسن ، والشعبي . في القريب . والرقيق بما قال به الشافعي وابو يوسف ، وهو وجوب تجهيز كل منهما في حياته . وفي تركته بعد وفاته ، اذا مات قبله ولو بلحظة ، لان نفقته كانت عليـــه في حياته فكذلك تجهيزه . بعد موته ، لانه في معنى نفقته .

وقالوا في الزوجة : ان كانت غنية فيجب تجهيزها من تركتها ، وان كانت فقيرة فعلى من كانت تجب عليه نفقتها ، من اقاربها ، والا ففي بيت المال او على المســـلمين .

فهم يقولون فيها ، كما يقول الامام مالك ، بأنه لايجب تجهيزها على زوجها. في حياته ، ولا من تركته بعد وفاته . لان الزوجية انقطعت بموتها ، فلا يحل لـــه لمسها ، ولا النظر اليها ، وجاز له التزوج باختها ، واربع سواها ، عقب موتها .

فمالك يرى وجوب تجهيز الرقيق على سيده في حياته ، ومن تركته بعد وفاته، اذا مات قبله ، ولو بلحظة ، ولا يرى تجهيز القريب ولا الزوجة في الحالتين .

والامام احمد ، ومحمد بن الحسن ، والشعبي يرون تجهيز الفقير والرقيق في الحالتين ويرون عدم تجهيز الزوجة في الحالتين كذلك .

والامامية يرون وجوب تجهيز المرأة . على زوجها ، في حياته ومن تركته بعد وفاته .

والشافعي وابو يوسف يريان تجهيز كل من القريب الفقير ، والرفيق ،

---

(١) في حاشيته على شرح الرحبية ص٤٥ .

والزوجة في الحياة ، وفي التركة بعد الممات ، اذا مات بعضهم او كلهم قبله ولو بلحظة .

وهذا الرأي هو المختار .

وذلك لان القريب الفقير ، وجبت نفقته حال الحياة ، لصلة القرابة ، وهي صلة لم تنقطع بالموت ، فيجب التجهيز معها ، كما وجبت النفقة في حال الحياة بها .

ولان الاقارب يلحقهم العار ، باستجداء كفن قريبهم . فحفظا على كرامتهم ، وهم من المسلمين ، ان يكلف بتجهيزه ، الموسر منهم الذي وجبت على نفقته في حياته .

ولان العبد ليس له الا سيده ، الذي انتفع به ، وقد كان مكلفا بالانفاق عليه في حياته .

فيجب عليه ان يجهزه ، وان يستره بعد مماته .

ولان الزوجة لم تنقطع زوجيتها في الجملة ، لجريان التوارث ، عند الجميع ، وجواز غسلها عند الشافعية والامامية .

وقد كانت نفقتها عليه حال الحياة ، وان كانت للاحتباس ، الا ان فيها شبها بالصلات ، بين شريكي الحياة ، فيجب معها النفقة على الوجه الذي تتحقق به بعد الموت ، وهو التجهيز ، وقد صبرت معه في حياتها على مرارة العيش وحلاوته وربما تكون قد ساهمت معه في جمع الثروة ، وتحملت العنت والمشقة بجواره ، في سبيل كسبها وتحصيلها .

ولانه يرثها اذا كان لها مال ، فيجب ان يجهزها ، لان الشأن ان الغرم بالغنم .

وكما لا يجوز الاسراف في تجهيز صاحب التركة ، فانه لا يجوز الاسراف في تجهيز من تجب عليه نفقته ، من باب اولى ، بل قال بعض الشافعية ، بجواز التقتير

في تجهيزه تارة ، وبوجوبه تارة اخرى ، قال الخضري (١) : (ويجوز لمن تلزمه نفقته وللمسلمين الاقتصار على ثوب واحد ، يستر كل البدن ، ويجب ذلك ، في بيت المال ، والاكفان الموقوفة ، او من تركته ومنع الغريم الزيادة ، فان لم يمنع ، او منعها بعض الورثة ، او كلهم ، او كان فيهم محجور عليه كفن في ثلاثة اثواب — اه شرح الكفاية) .

والاسراف في الكفن لأي ميت ، يكون بزيادة عدد الاثواب ، بأن يزاد على الثلاثة للرجال ، وعلى الخمسة للمرأة .

ويكون في القيمة . بأن يشترى له كفن باكثر من الثمن الذي يشتري بـه كفن امثاله .

وحيث كان الاسراف في الاكفان غير مباح ، فانه لا يخرج من التركة ، ومن فعل ذلك ، وكان في الورثة قصر ، او بدون رضا الورثة الذين هم من اهل الاختيار . يضمن الزيادة اذا كانت في عدد الاثواب ، ويضمن الكل اذا كانت في القيمة . ففي تنقيح الحامدية (٢) : (الوارث او الوصي اذا كفن الميت باكثر من كفن المثل ، من حيث عدد الاثواب يضمن الزيادة ، وان كفنه باكثر من كفن المثل من حيث القيمة يضمن الكل ، ويقاس على الكفن غيره — اه ملخصا) .

والذي اراه : ان يضمن الزيادة لا غير في القيمة ، كما ضمنها في العدد ، لأنه لا بد للميت من كفن المثل في القيمة ، فيضمن ما زاد على المطلوب شرعا .

وهذا كله اذا لم يوص بذلك ، فلو اوصى تعتبر الزيادة من الثلث ، وكذا لو تبرع بها الورثة الذين هم من اهل الاختيار . او تبرع اجنبي ، فلا بأس بالزيادة من حيث القيمة . لا العدد ، فان الزيادة فيه غير مباحة شرعاً .

ولا تجبر الورثة على قبول كفن متبرع به ، لأن فيه لحوق العار بهم لما فيه من المنة عليهم .

---

(١) في حاشيته على شرح الشنشوري على الرحبية ص ٤٤ .

(٢) نقلا عن كتاب المواريث في الشريعة الاسلامية للشيخ حسنين مخلوف ص ١٠ .

وللدائنين المنع من الأسراف، قولاً واحدا ، اذا كان يضر بهم في سداد ديونهم .

وأما المنع من كفن المثل ، فقيل لهم ذلك ، فيكفن الرجل في ثوبين ، والمرأة في ثلاثة ، وقيل ليس لهم ذلك ، ورجح الاول(١) .

وكما يكون الاسراف في الكفن ، يكون بالانفاق فيما لايحتاج اليه في التجهيز مطلقـــاً .

فلا يجوز الانفاق فيما ابتدع ، من الاعلام في الصحـف ، عن الميت للتفاخر بذكر اصحاب الالقاب ، من قريب وبعيد ، ومن ذبح الذبائح عند خروج الميت من المنزل ، وحفلات تشييع الجنائز ، واقامة السرادقات ، واحضار مشاهير القراء ، واحياء ليالي المأتم ، وايام الخميس ، وليالي الجمـــع ، والاربعين ، والمواســـم ، والذكرى السنوية ، وما اليه مما يتعلق بالقبور ، وزخرفتها ، واقامة المباني حولهـــا او عليهـــا .

فان كل ذلك غير مشروع ، لايلزم الورثة القصر شيء منه ، ولا الورثة الراشدين الذين لم يرضوا به ، ولا يقدم على الديون الا برضا الدائنين .

وقد أخذ قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م في الجمهوريـــة العربيـــة ، المتحدة بقول الشافعي وابي يوسف ، بوجوب تجهيز القريب الفقير ، والزوجة ، والرقيق ، من تركة الميت . حيث اوجب تجهيز كل من تجب عليه نفقته ، من غير تفرقة وهؤلاء تجب عليه نفقتهم .

وذلك في الفقرة الاولى من المادة الرابعة منه ونصها :

مادة ـ ٤ ـ يؤدى من التركة حسب الترتيب الآتي :

اولا ـ ما يكفي لتجهيز الميت ، ومن تلزمه نفقته من الموت الى الدفن .

ثانياً ـ ديون الميت .

ثالثاً ـ ما اوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة . . الخ المادة .

---

(١) تراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٥ ص ٥٠٥ .

الحق الثانى من الحقوق المتعلقة بالتركة

الديـــن

قد بينا فيما سبق ان الدين مطلقا هو الحق الثاني . وبعـــد التجهيز ، واقمنا الدليل(١) ، من السنة(٢) ، والاجماع(٣) ، والعقل(٤) على تقديم الدين على الوصية،

---

(١) في ص ٨٨ وما بعدها . في الكلام على ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة ، من اول قولنا : وأما تقديم الدين على الوصيـــة . فقـــد قلنا : انه قد اجمع الفقهاء ، الخ فليرجع اليه .

(٢) من قوله صلى الله عليه وسلم كما جاء في الاختيار شرح المختار ج٣ ص٢١٦ : (الدين حائل بينه وبين الجنة) فيقدم على الوصية ، ويكون بعد مؤن تجهيزه . وما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه ، انه قال : (رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية) اه من شرح السيد على السراجيـــة ص ٢٢ و ٢٣ . وما جاء في المبسوط ج٢٩ ص١٣٦ - ١٣٨ (قيل لابن عباس رضي الله عنهما : انك تأمر بالعمرة قبل الحج . وقد بدأ الله بالحج . فقال : (وأتموا الحج والعمرة لله) فقال : كيف تقرأون آية الدين ، فقالوا : (من بعد وصية يوصي بها او دين) الآية ١٩٦ من البقرة فقال : بماذا بدأ ، فقالوا بالدين ، قال : هو ذلك .

(٣) لأن الامة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، الى الآن على تقديم الدين على الوصية . بلا نكير ، فكان اجماعاً .

(٤) لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه الاصلية ، وتنفيذ الوصية ليس مـــن اصول حوائجه . فبقضاء دينه تبرأ ذمته ، ويفك رهانه ، ولايحال بينه وبين الجنة ، ثم قضاء دينه مستحق عليه ، والوصية لم تكن مستحقة عليه . ولأن الدين يتعلق بالذمة حال =

وقلنا ، انه لم يتعارض شيء من هذه الادلة ، مع قوله تعالى في آية المواريث (١) : (من بعد وصية يوصي بها او دين) .

وذلك لأن تقديم الوصية ، على الدين في هذه الآية ، تقديم في الذكر . وهو لايستلزم التقديم في الحكم .

وانما قدمت في الذكر لأمر اقتضى الاهتمام بتقديمها فيـــه وقد بينا ذلك فيما تقـــدم(٢) .

فلا نتكلم الآن على ترتيب الديون . مع غيرها ، من الحقوق المتعلقة بالتركة . وانما نتكلم في هذا الموضع على بيان معنى الدين ، وبيان محله ، ووقت تعلقه بالتركة وهل يمنع الارث ، ام لا ، وعلى ترتيب الديون بعضها مع بعض في الاستيفاء من التركـــة .

معنى الدين

الدين لغة : هو القرض وثمن المبيع ، فالصداق والغصب ونحوه ، ليس بدين لغة ، بل شرعاً ، على التشبيه ، لثبوته واستقراره في الذمة(٣) .

= الحياة ، وبالتركة كلها بعد الوفاة ، والوصية لم تتعلق بالذمة حال الحياة ، بدليل انه يصح له الرجوع عنها ، وتتعلق بثلث التركة حال الوفاة فالدين اقوى منها فيقدم على الوصية لأنه لايليق وهو صاحب التركة ، ان يبقى مرهونا بدينه ، وان يحال بينه وبين الجنة ، ويتمتع الآخرون من الموصى لهم والورثة بتركته وامواله ، وايد هذا كله ما روي ان رجلا اعتق عبدا في مرضه وعليه دين فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قيمته ، وما فعل ذلك صلى الله عليه وسلم الا لأنه قدم الدين على الوصية.

(١) الآية ١١ من سورة النساء .

(٢) في ص ٨٩ و ٩٠ مـــن اول قولنا : واما تقديم الوصيـــة على الدين في آيـــة المواريث الخ .

(٣) المصباح المنير .

وفي الاصطلاح : هو ما وجب في الذمة ، بدلا عن شيء على سبيل المعاوضة وجمع الدين أدين ، وديون . وهي اما ان تكون حقا لله تعالى ، او للعباد . وسمي حق الله ، من زكاة ، وحج ، وكفارات ، ونذر دينا مجازاً ، لأنه لم يجب في الذمة ، بدلا عن شيء .

وانما سمي بذلك ، باعتبار انه كان مطالباً به ، في حياته .

وديون العباد اما ان تكون عينية ، او مطلقة ، وهي اما ديون صحة او ديون مرض .

والمراد بدين الصحة : ما ثبت بالبينة ، ولو في حالة مرض الموت ، او ثبت باقرار المتوفى ، او بنكوله عن اليمين ، في حالة صحته .

ويلحق بدين الصحة ، ويعتبر منه ، ما اقر به ، حالة المرض وعلم بالمعاينة ، كثمن دواء ، او غيره .

والمراد بدين المرض : ما ثبت بالاقرار ، حالة مرض الموت ، او فيما هو في حكم المرض ، كمن اخرج للقتل ، قصاصاً ، او حدا ، او نزل في ميدان القتال مثلا ، ولم يكن لهذا الدين مثبت آخر ، سوى الاقرار ، ولم يكن سببه مشاهدا ، وسيان في ذلك ، ان يكون الاقرار به ، مشافهة او كتابة .

والذمة والذمام لغة بمعنى العهد ، وسمي بذلك لأن نقضه يوجب الذم ومن هذا المعنى قوله صلى الله عليه وسلم : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم ادناهم) .

اى اذا اعطى احد المسلمين عهدا للعدو بالامان ، سرى ذلك على جميع المسلمين فليس لهم ان يخفروا عهده(١) .

وفي الاصطلاح عرفها البعض : (بأنها وصف شرعي ، يصير به الانسان اهلا لما له وما عليه)(٢) .

---

(١) النهاية لابن الاثير .

(٢) التوضيح في الاصول لصدر الشريعة ج٣ ص١٥٢ .

وعرفها البعض : (بأنها امر شرعي مقدر وجوده في الانسان ، يقبل الالزام والالتزام) (١) .

وعرفها المالكيـة : بقولهم : (هي صلاحية الانسان لأن يلتزم بواجب فيطالب منه) .

فهم يرون انه لابقاء للذمة بعد الموت . لأنها صفة تلازمها الحياة ، وتتنافى مع الموت ، اذ لا يتصور من الميت التزام ، ولا تتوجه اليه مطالبة .

محل الدين

الديون : نوعان ـ عينية ـ ومطلقة .

والمراد بالعينية ما تعلقت بعين من الاموال ، ويقال لها الممتازة ، او الموثقة، والمطلقة هي مالم تتعلق بعين من الاموال(٢) . وكل من النوعين له محل حالةالحياة، ومحل بعد الوفاة .

محل الدين حالة الحياة

فالديون العينية تتعلق بالمال حالة الحياة ، لأنها ارتبطت بعين من الاموال ، وأصبحت متعلقة بهذه العين ، واصبحت العين محلا لها ، وضمانا لوفائها .

وذلك مثلا كالعين التي رهنت ، وسلمت للمرتهن ، فانه تعلق حقه بها ، ويكون هو احق بها من غيره ، حتى يستوفي دينه . واما الديون المطلقة ، فانها حالة الحياة تتعلق بالذمة .

فاذا تداين الانسان في حياته ، شغلت ذمته بدينه ، وكانت وعاء اعتباريا ومحلا له ، والتزم به ، وتتوجه اليه المطالبة به ، ووجب عليهالوفاء به فورا ، ان كان

---

(١) نقلا عن الفقه في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقاء نقلا عـن حاشية الحموي على الاشباه والنظائر الفن ٣ ص ٢١٠ .

(٢) ويقال لها المرسلة لانها أطلقت وأرسلت عن التقييد بالتعلق بعين من المال .

الدين حالاً ، ولم يكن ذا عسرة ، او عند زوال العسرة ، او حلول الأجل ان كان مؤجلا .

بل قال الامامية : يجب عليه نية القضاء منذ ان لزمه الدين ، قال في اللمعة الدمشقية وشرحها(١) : (ويجب على المدين نية القضاء ، سواء قدر على ادائه ، ام لا ، بمعنى العزم ، وان عجز عن الاداء اذا قدر ، وسواء اكان صاحب الدين حاضراً ، ام غائباً لان ذلك من مقتضى الايمان ، كما يجب العزم على اداء كل واجب، وترك كل محرم ، وقد روي (ان كل من عزم على قضاء دينه ، أعين عليه ، وانه ينقص من مؤونته بقدر قصور نيته) .

ولا تتعلق الديون المطلقة بالاموال ، حال الحياة ، وانما الذي يتعلق بها الديون العينية . ومعنى تعلق الديون بالاموال : ان ترتبط بها بحيث تكون الاموال محلا لوفائها ، وضماناً لها .

في حالة الديون العينية ، وهي التي تعلقت بعين من الاموال فان الدين يرتبط بهذه العين ، وهي ضمان له ، ولا يتصرف فيها المدين ، الا باذن صاحب الحق الذي تعلق بها .

وأما في حالة الديون المطلقة التي لم تتعلق بعين من الاموال ، فله التصرف في امواله ، سواء منها ، ما كان يملكه حالة لزوم الدين ، وما يملكه بعده ، وسواء اكان التصرف بعوض ، كالبيع والاجارة ، او كان بغير عوض كالعتق والهبة ، مادام هذا التصرف ، في عين لم يتعلق حق الغير بها ، وما دام قبل الحجر عليه ، بسبب السفه ، او الدين ، او قبل الاصابة بمرض الموت(٢) .

فاذا حجر عليه بسبب الدين ، او السفه ، او نزل به مرض الموت ، فان الدين ولو كان مطلقاً ، يتعلق بأمواله ، التي يملكها حالة الحياة ، او حالة المرض ، لنقص الذمة وضعفها .

---

(١) جـ١ ص٣٤٢ .

(٢) سبق بيان مرض الموت في ص٨٩ بالهامش .

وكانت الاموال في هذه الحالة ، محلا لوفاءالدين ، وضماناً له ، فيتقيد تصرفه عند الجمهور ، بما لا يضر الدائنين ، كما يتقيد تصرفه في العين المرهونـة باجازة المرتهـن .

ويرى كثير من المالكية : (ان للغرماء طلب ابطال تصرفه ، قبل الحجر عليه وان كان في صحته ، اذا كان هذا التصرف ضاراً بديونهم ، وان لم يكن الدين محيطاً بماله ، كما اذا تبرع بشيء من ماله ، ولم يفضل بعده مايفي بالدين) اه(١) .

وقال الامامية : يمنع من التصرف بما يضر الغرماء ، وبما زاد على الثلث في التبرع ، قال في اللمعه الدمشقية وشرحها(٢) ، (والمريض ممنوع من التصرف مما زاد عن الثلث ، اذا تبرع ، واما لو عاوض بمثل ثمنه نفذ) .

فقد قيد نفاذ التصرف ، بأن تكون المعاوضة بثمن المثل .

ومفهومه : انه اذا كانت المعاوضة بأقل من ثمن المثل ، لاتنفذ ، لما يترتب عليه من الاضرار بالغرماء .

فالدين العيني حالة الحياة محله العين التي تعلق بها من الاموال . واما الدين المطلق فعند الجمهور حالة الحياة محله الذمة ، ولاتعلق له بالاموال ، الا في حالة الحجر عليه بأي سبب كان ، او في حالة الاصابة بمرض الموت .

وعند كثير من المالكية ، محله الذمة ايضاً ، وللدائنين حـق الاعتراض على تصرفه اذا كان ضارا بحقوقهم ، ولو لم يحجر عليه ، او يمرض بمرض الموت ، ولو لم يكن الدين محيطاً .

وعند الامامية محله الذمة ايضاً ، ويتعلق بالاموال ، ولذلك منع من التبرع باكثر من الثلث ، ولم تنفذ معاوضته بأقل من ثمن المثل .

فعلى ما ذهب اليه الجمهور لايكون للغرماء ولا للورثة ، حق الاعتراض على

---

(١) يراجع الشرح الكبير للدردير ج٣ ص٢٦٣ .

(٢) ج١ ص٣٦١ .

التصرف حالة المرض ، ما دام على قيد الحياة ، لعدم التحقق من ان هذا المرض هو مرض الموت ، لأنه لايعلم انه مرض الموت ، الا اذا افضى اليه ، واتصل به فعلا .

فقبل الوفاة لاحق لواحد منهم ، في الاعتراض ويكون التصرف نافذا مادام على قيد الحياة .

فاذا مات يظهر اثر الموت ، مستندا الى اول وقت حدوث التصرف ، ويكون للغرماء والورثة ، عند ذلك حق الاعتراض .

وانما تعلقت الديون بالاموال ، في حالة الحجر ، وفي حالة مرض الموت ، لأن كلا منهما سبب مفض الى التعلق .

فأما في حالة الحجر ، فتتعلق الديون بأموال المحجور عليه ، عند الحجر مباشرة لأن الحجر نفسه ، هو المؤثر ، في تعلق الديون بأمواله ، لأنه حكم عليه ، بالمنع من التصرف في الموجود من امواله ، حفظاً لحق الدائنين بحيث تكون محلا لوفائها ، وضماناً لها .

ولهذا لم تتعلق عند الحنفية ، بالاموال التي يملكها بعد الحجر ، لانها كانت معدومة عند الحجر ، والمعدوم لايكون محلا للوفاء ولا ضماناً له .

خلافاً لمن رأى من الحنابلة ، انها تتعلق بالاموال التي يملكها بعد الحجر ، لانه نقص في اهليته للتصرف ، ولذا يبطل بيعه لماله ، ولو بقيمته ، واذا نقصت اهليته ، ظهر ذلك فيما يملكه بعد الحجر(١) .

واما تعلق الديون بالاموال في مرض الموت ، فلان هذا المرض طريق الى الموت ، لانه يضعف القوى شيئاً فشيئاً ، حتى تزول الحياة .

فهو سبب للموت ، ومفض اليه حقيقة ، وكثيراً مايعطى السبب حكم المسبب اذا دعت اليه المصلحة .

---

(١) يراجع كشاف القناع ج٢ ص٢٠٥ .

وفي اقامة المرض ، مقام الموت ، مصلحه ، وهي حفظ حق الدائنين ، مما يترتب على تصرفات المريض ، من الاضرار بهم .

فقد ينتقم من دائنيه ، ويؤثر باموا له ، من يحبه ، حيث انه قد شعر بانقطاع آمالــه فيها .

فاقتضت الحكمة أن يدفع الضرر ، عن الغرماء ، بحيث تكون امواله ، محلا لديونهم وضمانا لها .

ولذا رأى بعض الفقهـــاء : ان الديون تتعلق بالاموال مستندة الى اول وقت المرض :

ولما كان تعلق الديون ، هو عبارة عن الارتباط ، كما قلنا بحيث تكون الاموال ضماناً لها ، فانه يقتضي ان يكون التعلق بماليتها ، أي بمقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التي يقومها بها المقومون ولايتعلــق بصورتها وهيئتها أي بذات الاشياء فلذلك كان له : ان يبيع منها ما يريد بقيمته ، ويشتري مايشاء بقيمته ، بحيث لا يترتب على تصرفه نقص في قيمتها . وليس للغرماء ان يعترضوا عليه ، الا اذا كان التصرف ضارا بمصلحتهم ، بأن كان تبرعاً ، او بغبن عليه ، ولو يسيراً .

فاذا مات علم ان هذا المرض ، هو مرض الموت ، وظهر اثره مستندا الى اول المرض ، وانه تصرف في اموال تعلق بها حق الغرماء والورثة . . . . فيكون للغرماء والورثة ، عند ذلك حق الاعتراض ، ويكون تصرفه موقوفاً . فيما زاد على الثلث ، ونافذاً في الثلث ، بالنظر للورثة ، ولاينفذ حتى من الثلث ، بالنظر للدائنين ، اذا كان الثلثان غير كافيين للوفاء .

فاذا تبرع مدين ، في مرض موته ، بخمسمائة دينار مثلا ، وكانت التركة كلها الفا ، وكان مديناً ، بثمانمائة دينار ، فانه يكون للغرماء حق الاعتراض فيبطل تصرفه في ثلاثمائة دينار ، فتضم الى مابقي بعد التبرع ، وهو الخمسمائة ، ليكون المجموع ، ثمانمائة دينار وهو مقدار الدين .

وبهذا يظهر ان الميت لم يترك بعـــد الدين ، مالا خالصا ، الا مائتي دينار فتبرع بها ، وهو كل تركته الخالصه .

وبذلك يكون للورثه حق الاعتراض ، فيبطل تصرفه ، فيما زاد على الثلث منها ، وينفذ في الثاث ، الذي له ان يوصي به ، لمن يريد ، تلافياً لما عساه ان يكون قد وقع منه ، في حياته ، من اهمال وتقصير ، في اعمال الطاعة والبر .

وبذلك يخلص للورثة ، ثلثا المائتين ، ميراثاً لهم .

ويكون تصرفه نافذاً في الجميـع ، لو برأه الغرماء ، من ديونهم واجازالورثه تصرفه فيما زاد على الثاث . ولايعد هذا تمليكاً ، من قبل الدائنين او الورثة ، بل من قبل الميت .

تنبيـــه :

الدين الذي يتعاق بأموال المريض ، في وقت المرض ، هو الدين الذي لا يسقط بالموت .

واما الديون التي تسقط بالموت ، فلا تتعلق بها ، كدين الزكاة ، ودين النفقة في بعض الحالات ، عند الحنفية ، لان الدين انما تعلق بالاموال ، حالة المرض لتعلقه بها حالة الموت ، اقامة للمرض مقامه .

فاذا لم يكن له تعلق ، بالاموال حالة الموت ، لسقوطـــه ، فلا يتعلق بها قبله بالأولى .

محل الدين بعد الموت

بينا فيما تقدم ، ان محل الديون العينية ، في حالة الحياة ، هي العين التي تعلقت بها من الاموال ، واصبحت هذه العين محلا وضماناً لها .

وان الديون المطلقة محلها الذمة ، ولا تعلق لها ، بالاموال الا على ما بيناه في حالتي الحجر ، ومرض الموت .

واما محل الديون حالة الموت ، فان الديون العينية ، محلها العين التي ارتبطت بها بالاتفاق ، لأنها لاتزال متعلقة بها ، ولا تزال العين محلا وضماناً لها ، حتى تستوفى ، الا مازاد من الدين ، على قيمة العين ، فأرى انه يكون من الديون المطلقة ، حيث ان التعلق ، بالمالية والقيمة ، وقد زادت قيمة الديون على قيمة العين .

هذا في الديون العينية ، واما الديون المطلقة اذا مات المدين ، فقد اختلف الفقهاء ، في محلها ، تبعاً لاختلافهم ، في بقاء الذمة ، وعدم بقائها ، بعد وفاته .

فالمالكية يرون : انه لابقاء للذمة ، بعد الموت ، لانها صفة تلزمها الحياة وتتنافى مع الموت ، فانها عبارة عن صلاحية الانسان ، لان يلتزم بواجب ، فيطلب منه ، ولا يتصور من الميت التزام ، ولا تتوجه اليه مطالبة ، كما تقدم(١) .

فاذا مات الانسان ، انعدمت ذمته ، وبانعدامها زال محل الدين وانعدم ، وانتقل الدين الى التركة ، ان وجدت ، وتعلق بها ، كما تتعلق الديون بالاعيان حفظا لحق الدائنين .

ومقتضى هذا الرأي : ان بقاء الدين ، لايستلزم ذمة ، وان الذمة لاتلزم ، الا في الابتداء .

فاذا مات المدين ، ولم يترك شيئاً ، سقط دينه ، لانعدام محله كلية ، لأن محله الذمة ، او المال ، ولا محل له سواهما ، وقد انعدما ، فلا وجود لواحد منهما ، فقد مات ولم يترك شيئاً(٢) .

---

(١) في ص ١٠٦ .

(٢) اذا قيل : اذا صلح المال لأن يكون محلا للدين بلا وجود ذمة عند وجود التركة بعد الموت فلم لايكون محلا للدين في حالة الحياة - فالجواب ان الدين قد يكون ولا مال للمدين ، وثبوته حيث لامال لايكون الا في محل وهو غير المال قطعا ، لعدم وجوده ، واذن فمحله الذمة ، فهي محله وجد المال ، او لم يوجد اهـ من التركة والحقوق المتعلقة بها للخفيف ص٢٩ .

والحنفية يرون : انه لابد للدين ، من وجود مدين ، لأن الدين نتيجة الالتزام وهو وصف شرعي ، يظهر أثره في توجه المطالبة به .

ولا يتصور التزام بدون وجود ملتزم ، وهو المدين ، كما لا تتصور مطالبة ، بدون وجود مطالب ، تتوجه اليه المطالبة ، وهو المدين ايضا .

واذا لزم وجود المدين ، لزم وجود الذمة ، لأنه لامعنى لوجود الدين ، على المدين ، الا التزامه به ، ومطالبته بادائه .

فاذا خربت الذمة بالموت ، فيزول الدين بزوالها ، لأنها محله .

فللمحافظة على حق الغرماء ببقاء الدين قد اضطروا ، الى ان يفترضوا بقاء ذمة المدين ووجودها بعد الموت ، اذا تقوت ، بوجود التركة ، او الكفيل بالدين، ليترتب على وجودها . بقاء الدين ، ووجوبه في التركة ، او مطالبة الكفيل به ، حفظا لحق الغرماء .

اما اذا لم يترك الميت شيئاً ، او كفيلا بالمدين ، فيسقط الدين بزوال محله ، وهو الذمة ، لأنها خربت بالموت ، ولم تتقو بالتركة او الكفيل .

وقد جعل الامام من آثار سقوطه ، عدم صحة الكفالة به .

وقال الصاحبان : ان الدين باق فتصح كفالته ، ويستلزم ذلك ، بقاء ذمة المدين ، بعد موته ، ودليل بقاء الدين ، وصحة كفالته ، ما رواه سلمة بن الاكوع بقوله : (كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتي بجنازة فقالوا : يارسول الله صل عليها ، قال : هل ترك شيئاً ، قالوا : لا . فقال هل عليه دين ، قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال ابو قتادة : صل عليه يارسول الله وعلي دينه ، فصلى عليه) رواه احمد والبخاري والنسائي .

واذا بقيت الذمة بعد الوفاة ، بقي الدين محالا فيها . كما كان قبلها ، الا انه ييعلق بالمال ان وجد لضعفها .

ويمثل ما قال الصاحبان قال الشافعية ، واستدلوا بهذا الحديث الذي استدل

به الصاحبان . وبما رواه الشافعي في الأم . من قوله صلى الله عليه وسلم (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) .

وقالوا : ان ذمة الميت ، مشغولة بدينه ، وتبرأ اذا وفى .

اما الحنابلة فمنهم من ذهب الى ماذهب اليه الصاحبان والشافعية وقالوا : ان محل الدين ذمة المتوفى الباقية بعد وفاته ، بافتراض وجودها .

ومنهم من قال : بما قال به المالكية ، وهو ان محل الدين بعد الوفاة ، هو التركة ، وبقاء الدين لايستلزم بقاء الذمة .

ومنهم من قال : ان محل الدين ذمة الورثة ، في حدود مايتركه الميت . . .

وهذا القول هو المقبول ، لأن القول بعدم بقاء ذمة المتوفى ، كما يقول المالكية ، غير مقبول ، لأن الدين لابد له من مدين ، له ذمة ، تتوجه اليها المطالبة ، ولا يتصور مطالبة بدون مطالب ، تتوجه اليه المطالبة ، وهو المدين .

كما ان القول ببقاء ذمة المتوفي ، كما يقول الحنفية والشافعية ، غير مقبول ايضا ، لأنه لا ذمة لمن لاحياة له . فانها صفة تلزمها الحياة ، وتتنافى مع الموت .

فلم يبق الا القول الثالث للحنابلة ، وهو القول بشغل ذمة الورثة ، في حدود ما يتركه الميت .

وهذا الرأي قريب ، من المعمول به ، في القانون الفرنسي اذا قبل الوارث الميراث بشرط التجنيب(١) .

ومع قربه منه ، فليس مبنياً على الاصل ، الذي بنيت عليه الشريعة الرومانية ، التي تفرع عنها القانون الفرنسي ، وانما هو مبني على الاصل الذي بنيت عليه الشريعة الاسلامية الغراء ، وهو ان الوارث ، خليفة المورث ، في الحقوق فقط ، ولايلزم ، من الالتزامات الا بما يمكن وفاؤه من التركة ، فلا يطالب الوارث الا بما وجدت التركة قادرة على وفائه .

---

(١) يراجع مصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري جـ٥ ص٤٨ .

فاذا مات ولم يترك شيئاً او كفيلا ، سقط دينه ، وليس لدائني التركة ، ان ينفذوا على اموال الوارث الشخصية(١) ، حتى يضار في ماله الخاص ، من غير التزام.

واما اذا مات وترك شيئاً او كفيلا ، فلا تسقط ديونه ، لأن الورثة ، يرثون التركة ، وما تعلق بها من حقوق ، في حدود ماتفي به ، فتظل الحقوق متعلقة بما ترك من مال ، او متعلقة بذمة الكفيل ، ولذا توفى ، من المال المتروك ، او تطلب من الكفيل .

وهنا الخلاف في محل الدين بعد الوفاة ، خلاف نظري ليس له آثار عملية فقد اتفقت كلمتهم جميعا ، على ان الدين يتعلق بما يتركه المدين من اموال ، فتصبح الديون مستحقة الوفاء منها . كما يستحق وفاء الدين من العين التي رهنت به .

ويجب الوفاء بالدين ، بمجرد الوفاة ، قبل الوصية والميراث ، من اعيان التركة اذا وجد ما هو من جنسه ،او من اثمانها ، بعد بيعها ، اذا لم يوجد ما هو من جنسها....

ويكون تعلق الديون ، بكل جزء من اجزاء التركة كتعلق الدين برهنه ،دون ان تنقسم عليها .

وقال بعض الحنابلة : اذا تعدد الورثة ينقسم الدين عليهم ، حسب ميراثهم وتعلق ما على كل وارث ، من الدين بحصته من التركة ، فاذا وفى ما على حصته ، من الدين خلصت له حصته من التركة ، وليس لاحد من الغرماء ان يطالبه بشيء من بقية الدين الذي كان على مورثه .

وهذا الرأي مقبول ، لأن الديون لاتنتقل جملتها الى ذمة كل وارث ، والا لتعدد المدين وكثر ، ولكنها تنقسم على ذممهم ، انقسام التركة عليهم .

ويفهم من هذا ان الدين يتعلق بمالية التركة ، أي بقيمتها التي يقومها بها المقومون لا بذات اعيانها لأن التعلق لأجل الوفاء والوفاء من المالية لأن حق الدائن ان يستوفي

---

(١) بخلاف القانون الفرنسي فان الدين ينتقل الى ذمة الوارث ، ولدائني التركة ان ينفذوا على اموال الوارث الشخصية ،الا اذا رفض الميراث ، او قبله بشرط التجنيب.

دينه من مالية التركة ، لا من عين بالذات(١) .

وانما الحق الذي يتعلق بأعيان التركة ، هو حق الورثة ، لأنهم هم خلفاؤه فيما تركه ، من مال ، او منفعة ، او حق ، بعد وفاء الدين ، وتنفيذ الوصية .

ولتعلق حقهم بأعيان التركة ، ثبت لهم حق استخلاصها لأنفسهم ، باداء ما عليها ، مما تعلق بماليتها ، وان زاد عليها عند الحنفية .

وقال الجمهور : لهم ان يستخلصوها ، بدفع قيمتها فقط ، وان نقصت عما تعلق بماليتها .

ومن هذا يفهم انهم اتفقوا على ان تعلق الديون انما هو بمالية التركة ، أي بقيمتها ، التي يقومها بها المقومون ، لا بهيئتها وصورتها .

وقت تعلق الدين بالتركة

الدين منه ما يتعلق بالاموال حالة الحياة ، وهو الدين العيني ، ويبقى متعلقاً ، بعد الوفاة ، بالعين التي ارتبط بها ، فهي محله ، وضمان له .

ومنه مايتعلق بها وقت الموت ، وهو الديون المطلقة ، لأنها في حالة الحياة متعلقة بالذمة ، وهي محلها كما قلنا .

والذمة قد ضعفت بالموت ، عن احتمالها ، فتتعلق بالتركة ، لأن الاعيان تقوى الذمة ، حفظاً لحق الدائنين .

وقيل ان حق الدائنين ، في استيفاء ديونهم ، يتعلق بالتركة وقت الموت مستندا الى اول وقت مرض الموت . حفظاً لحق الغرماء . ومنعا للضرر بهم . من تصرفات ضارة ، يتصرفها المريض ، انتقاماً منهم بالتبرعات ، او بالايثار لمن يحبه، اذا انقطع امله من امواله . لشعوره بدنو اجله ، وقرب وفاته .

---

(١) مقال للشيخ علي الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٣ ـ ١٥٦ .

ويستمر تعلق الديون ، بالأموال بعدالوفاة ، حتى تسدد هذهالديونوتستوفى.

الا ان تعلقها بالاموال بسبب المرض ، اضعف من تعلقها بسبب الموت ، لأن تعلقها حالة المرض ، تعلق للحفظ ، ولمنع الضرر ، ولذا لم يحجر على المريض ، الا فيما يضر بهم ، من التصرفات ، ولا يظهر هذا الاثر ، الا بعد ان يتحقق ، ان هذا المرض ، هو مرض الموت .

واما تعلقها بعد الموت ، فإنه تعلق سداد واستيفاء ، ويكون بجميع المال . سواء اكان من وقت الموت فقط ، او كان منهمستنداً الى اول وقت مرض الموت. ولذا كان أقوى من حق الورثة ، لأنه وان كان وقت تعلقهما بالتركة واحدا، الا ان حق الورثة ، لايتعلق بكل المال ، بل بالثلثين فقط ، فتخرج الوصية من الثلث قبله ، والدين يخرج من كل المال قبلها .

هل يمنع الدين الارث ام لا

مع قوة حق الدائنين عن حق الورثة اختلف في الدين ، هل يمنع انتقال التركة للورثة ، ام لا ؟

فقال جمهور الحنفية : ان ملك المتوفي باق فيما يحتاج اليه ، من حوائجه الاصلية ، كالتجهيز ، وسداد الديون ، فلا تنتقل التركة الى الورثة الا بعد الوفاء بسداد الديون ، لقوله تعالى(١) (من بعد وصية يوصي بها او دين) بعد بيان سهام كل وارث .

فإذا كان الدين محيطاً بالتركة كانت كلها مشغولة ، ولاينتقل منها شيء الى الورثة ، لأن الآية ظاهرة ، في نفي ملكية الورثة ، قبل سداد الدين ، سواء اكان الدين لأجنبي ، ام لوارث .

---

(١) الآية ١١ و ١٢ من سورة النساء .

وقال بعضهم ومنهم ابو الليث : ان استغراق التركة بالدين ، لايمنع من تملك الورثة لها ، وهو قول ابي حنيفة الآخر .

جاء في القنية(١) نقلا عن النوازل (قال رجل لزوجته : ان دخلت دار فلان فانت طالق ، ثم مات فلان صاحب الدار عن تركة مستغرقة بالدين ،فدخلت الزوجة الدار ، عقب موته ، قبل قضاء الدين .

قال بعضهم انها تطلق لتحقق الشرط ، الذي علق عليه الطلاق ، وهودخول دار فلان ، ذلك لأن الدار لاتزال على ملكه . اذ ان استغراق التركة بالدين يمنع الوارث ان يتملك .

وقال ابو الليث : لاتطلق ، لأنه وان كان عليه دين ، قد زالت الدار عن ملكه بالموت ، ولهذا يتوقف عتق الوارث لعبد التركة ، على قضاء الدين ، ولو كان العبد لايزال على ملك المورث ، لبطل العتق ، بطلانا باتا ، ولم يتوقف) .

وهذا النقل صريح في ان ابا الليث ، لايرى ان استغراق التركة بالدين يمنع الورثة من تملكها ، بل يتملكونها ، ولذا لم تطلق الزوجة ، بدخول الدار . لأنها اصبحت دار للورثة ، وصح عتق الوارث لعبد التركة ، وان توقف لأنه مالك ، ولو كان غير مالك لبطل عتقه ، ولم يتوقف لأنه تصرف لامجيز له وقت حصوله ، وتوقفه على الاجازة دليل صحته ، وانما توقف حفظاً لحق الدائنين ، لأن ديونهم قد تعلقت بالتركة فحال ذلك دون نفاذ التبرع ، ومن ذلك العتق .

وكذلك اذا كان الدين غير محيط قد اختلف فيه .

فقال بعضهم : انه يمنع ، من انتقال التركة الى الوارث ، لأنه كالمحيط ،لأن كل جزء من أجزائها ، مشغول بالدين ، لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالدين المستغرق .

ولأن الدين في الآية غير مقيد . بدين محيط .

---

(١) نقلا عن التركة والحقوق المتعلقة بها للشيخ الخفيف ص٣٨ .

وذهب كثير منهم الى انه لايمنع ، تملك الورثة للتركة كلها ، قال في المبسوط للسرخسي(١) (قال علماؤنا رحمهم الله تعالى : ان الدين اذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة ، واذا لم يكن محيطاً فكذلك في قول ابي حنيفة الاول، وفي قوله الآخر لايمنع ملك الورثه بحال ، من الاحوال ، لأنــه يخلف المورث في المال ، والمال كان مملوكا للميت ، في حال حياته مع اشتغاله بالدين ، كالمرهون ، فكذلك يكون ملكاً للوارث) .

وذهب فريق آخر من الحنفية ايضاً . الى ان الدين غير المحيط يمنع من التملك بقدره من التركة ، ولايمنع فيما زاد عليـــه ، جاء في المبسوط (ثم الوارث يخلف مورثه فيما فضل عن حاجته) .

فاذا كانت حاجته اقل من التركة فإنه يملك مافضل منها شائعا فيها . . . .

وقال فريق من الحنابلة : ان الدين يمنع الورثة ان يتملكـــوا التركة ، سواء اكان الدين لله تعالى ، ام للعباد ، وسواء اكان محيطاً بالتركة ، ام غير محيط ،وسواء اكان ثابتاً قبل الوفاة ، ام ثابتاً بعدها ، كما في الضمان المتسبب عن تردي حيوان في حفرة ، حفرها المتوفي في غير ملكه .

وذهب فريق ثان منهم ، الى ان ذلك في المستغرق ، اما غير المستغرق فلا يمنع ، من انتقال التركة الى الوارث فور الوفاة ، مع تعلق الدين بها .

وذهب فريق ثالث منهم . الى ان الدين لايمنع من انتقال التركة الى الورثة بمجرد الوفاة ، بحكم الميراث ، سواء اكان الدين محيطاً ، ام غير محيط ، وسواء اكان لأجنبي ، ام لوارث (٢) .

وللشافعية في الدين ثلاثة آراء ، اصحها انه لايمنع ملك الورثة ،ولو كان محيطاً قال في شرح الترتيب (٣) (وهل يمنع الدين الارث ، ام لا ، اقـــوال : والاصح

(١) ج٢٩ ص١٣٧ ٥

(٢) يراجع كشاف القناع .

(٣) للشنشوري ج١ص٩وتراجع حاشيةالخضري على شرح الرحبيةللشنشوري ص٤٥

لايمنعه ، فتنتقل التركة الى ملك الوارث مشغولة بالدين ، والثاني : يمنعه، فلاتنتقل الى ملكه ، والثالث : موقوف . فإن برىء من الدين تبين ان الملك للورثة ، والا تبين انهم لم يملكوها) اهـ .

وذهب الزيدية الى ان الدين يمنع انتقال التركة للورثة اذا كان مستغرقاً للتركة واما غير المستغرق فإنه لايمنع ، وقال الإمامية في احد قولين لهم : ان الدين يمنع اذا كان مستغرقاً ، واما غير المستغرق ، فلا يمنع ، وهناك قول ثان لهم ، وهو ان الدين لايمنع سواء اكان محيطاً ، ام غير محيط . ففي الجواهر في آخر كتاب الحجر حكاية عن بعض الفقهاء يقول : الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث لمعلومية عدم بقاء المال بلا مالك ، كمعلومية عدم كونه في المقام للغرماء . للإجماع بقسميه وغيره . بل والميت ضرورة كون الملك صفة وجودية، لاتقوم بالمعدوم كالمملوكية ولذا لم يدخل في ملكه جديداً ، إذ لافرق بين الإبتداء والاستدامة .

ثم قال بعد ذلك : لذلك فتعين كونه للوارث ولأنها لو لم تنتقل اليهم لما شارك ابن الابن مثلا عمه ، لو مات ابوه بعد جده وحصل الابراء من الدين، والثاني باطل اجماعاً .

ثم قال بعد ذلك ايضاً : بل لأنه بعد ماعرفت ، من عدم دلالة الآية والرواية على البقاء على حكم مال الميت ، لم يكن معارض لما دل على ان جميع تركة الميت لوارثه . بموته من العموميات وغيرها كقوله عليه السلام : (ماتركه الميت لورثته)، وغيره ووجوب الوفاء غير قادح .

اما المالكية فيرون ان التركة تبقى على ملك الميت ، الى ان يسدد الدين ،سواء اكان مستغرقاً للتركة ، ام لم يكن مستغرقاً لها .

وبالموازنة بين هذه الآراء يبدو ان اعدل الاقوال ، هو القول بأن الدين لايمنع من انتقال ملكية التركة ، الى الورثة ، سواء اكان محيطاً ، ام غير محيط ، وسواء اكان لأجنبي ، ام لوارث ، وهو قول ابي الليث من الحنفية ، والفريق الثالث

من الحنابلة ، والشافعي وجمهور من اتباعه في الأصح والقول الثاني للامامية ،وهو القول الآخر للامام ابي حنيفة أيضاً .

والدليل على ذلك :

اولا : قوله صلى الله عليه وسلم : (من ترك حقاً او مالا فاورثته) فان قوله (من) لفظ عام يعم كل ميت ، سواء من كان عليه دين ، ومن لم يكن عليه دين ، وسواء اكان الدين مستغرقاً ، ام لم يكن مستغرقاً .

وقوله (حقاً او مالا) يشمل كل حق ، وكل مال ، سواء ماتعلق به دين ، وما لم يتعلق به دين ، وسواء ايضا اكان الدين محيطا ، ام غير محيط .

فمعنى الحديث : كل من مات مدينا كان ، او غير مدين ، وترك حقا او مالا فهو ملك لورثته ، لايمنع من ملكيته دين مستغرقا كان او غير مستغرق ، لعموم الحديث .

وهذا الحديث لايتعارض مع الآية (من بعد وصية يوصي بها او دين) لأن معناها يحتمل انه لايخلص للورثة ، ما حدد لهم من سهام ، ولا تقسم التركة بينهم، الا بعد سداد الدين ، وانفاذ الوصية ، بل الحديث يؤيد هذا الإحتمال والدليل إذا طرقه الإحتمال سقط به الإستدلال . . .

ثانيا : ان تعلق الدين بتركة المتوفى لايمنع انتقال الملكية للورثة بمجرد الوفاة، ولا صحة التصرف فيها ، لأن الوارث يخلف المورث في التركة ، والتركة كانت مملوكة للميت حالة حياته ، مع اشتغالها بالدين ، فهي كالعين المرهونة ، اوالمستأجرة فكذلك تكون ملكا للوارث ، وقد اتفق الفقهاء على ان العين المرهونة ، او المستأجرة يتعلق بها حق المرتهن وحق المستأجر ، وهي مملوكة لغيرهما ويصح تصرف الراهن والمؤجر فيها ، فيبيعها كل منهما ويكون البيع صحيحا ، وان توقف نفاذه على رضا من تعلق حقه بها ، فملك الورثة للتركة بمجرد الوفاة ، هو المتعين ، لأن الميراث من

أسباب نقل الملكية(١) للورثـة ، وهو مرتب على الوفاة ، فيتحقق بتحقيقها ، ولم يوجد ما يمنع منه .

ثالثا : لو تأخر انتقال الملكية ، الى ما بعد سداد الدين ، فانها لا تنتقل الا الى من يكون وارثا في هذا الوقت ، لانه وقت الاستحقاق دون غيره .

وعلى ذلك لا يرث ، من يتوفى بعد وفاة المورث ، قبل سداد الدين ، ويرث

---

(١) لأن اسباب الملكية نوعان :

الاول : اسباب تنشيء الملكيـة ، اي توجدها بعد ان لم تكن ، كالاصطياد ، والاحتطاب ونحو ذلك ، من كل استيلاء على مباح .

الثاني : اسباب ناقلة للملكية وهي ثلاثة :

١ ـ اسباب ناقلة لها قصدا ، وهي كل تصرف وضع لذلك شرعاً ، كالبيع ، فإنه وضع شرعا لنقل ملكية المبيع من البائع الى المشتري ، وملكية الثمن من المشترى الى البائع ، وغير ذلك من العقود الموضوعة لنقل الملكية كالهبة والشفعة .

٢ ـ اسباب ناقلةللملكية تبعاً ، وهي كل تصرف لم يوضع لنقل الملكية شرعا ، وانما يتبعه نقل الملكية ، كعقد النكاح ، فانه وضع لحل المتعة شرعا ، ويتبعة نقل ملكية المهر من الزوج الى الزوجة .

(٣) اسباب ناقلة للملكية بطريق الخلافة .

والخلافة اما اجبارية ، وهي بالميراث ، فإن خلافة الوارث عن المورث تثبت بحكم الشرع جبرا عنهما ، فلا تتوقف على ايجاب ، ولا على قبول ـ واما اختيارية ، وهي بالوصية ، فإن خلافة الموصى له عن الموصي ، تثبت بحكم الشرع باختيارهما ، في الحدود التي تنفذ فيها الوصية .

وهذا في غير الوصية الواجبة ، التي جاء بها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة١٩٤٦م في الجمهورية العربية المتحدة لأنها إجبارية كالميراث .

من كان به مانع من الارث عند الوفاة ، ككفر ورق ، وزال المانع بعد الوفاة ، قبل سداد الدين، بأن أسلم ، او أعتق .

فلو توفي رجل وترك ابنين ، ثم مات احدهما بعده قبل سداد الدين ، وترك ابنا فان التركة كلها تكون للابن الحي ، دون ابن اخيه ، وهذا خلاف ما انعقد عليه الاجماع وخلاف ما انعقد عليه الاجماع باطل شرعا ، فيبطل ما ادى اليه ، وهو القول بتأخير انتقال التركة الى ما بعد سداد الدين .

رابعا : القول بعدم انتقال الملكية للورثه فور الوفاة ، فيه اثبات ملكية للميت ، ولا يصح اثبات ملك لمن هو ليس اهلا له ، قال في الجواهر من كتب الامامية(١) : ضرورة كون الملك صفة وجودية ، لا تقوم بالميت كالمملوكية ، والا لم يدخل في ملكه جديدا ، اذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة .

خامسا : في القول بانتقال الملكية للورثة ، فور الوفاة ، تطبيق لقاعدة ان الخلافة عن المورث في حقوقه ، وفيما تتحمله التركة ويمكن استيفاؤه منها من الالتزامات ، التي تقدر على الوفاء بها ، وفيه تنسيق للقواعد العامة ، وابتعاد عن الافتراض ، كافتراض وجود ذمة للميت ، وفيه ابتعاد عن الاستثناء ايضا وهو موافق للحديث ولا يتنافى مع الآية .

ولا عبرة بما ناقش به هذه الادلة اصحاب الرأي الاول القائل بعدم انتقال ملكية التركة للورثة ، فور الوفاة ، لان الادلة في الواقع متضافرة ، على ان الميراث سبب لنقل الملكية على الاطلاق ، فادعاء تقييد ذلك بعدم وجود الدين لا يصح ، الا بدليل عليه ، ولم يقم دليل كما تقدم .

بعض ما يترتب على اختلاف هذين الرأيين

قد تبين مما تقدم ان في انتقال ملكية التركة مع الدين للورثة فور الوفاة رأيين.

---

(١) في آخر كتاب الحجر .

الأول : ان الدين يمنع انتقال ملكية التركة الى الورثة فور الوفاة ، قبل سداد الدين ويتزعم أصحاب هذا الرأي جمهور الحنفية والمالكية .

والثاني : ان الدين لايمنع انتقال ملكية التركة للورثة فور الوفاة وقد رجحنا هذا الرأي الثاني وعلى رأس أصحاب هذا الرأي الشافعية في الاصح عندهم وقد عرف الرأي الأول بأنه نظرية الحنفية وعرف الرأي الثاني بأنه نظرية الشافعية .

وقد ترتب على اختلاف هذين الرأيين أمور منها :

آ ـ نماء التركة بعد الوفاة وقبل سداد الدين ، فانه على الرأي الاول يكون من التركة ، ويتعلق به حقوق الغرماء ، بالقدر الذي كان متعلقاً بأصل التركة ، لأن التركة لم تملك للورثة ، الا بعد سداد الدين وأما على الرأي الثاني : فإنه يكون ملكاً للورثة لأنهم ملكوا التركة . وهـذا نماء ملكهم ، ولا يتعلق به حق الغرماء ، لأن ديونهم قد تعلقت برقبة التركة التي كانت موجودة وقت الوفاة ، لابنمائها ، حتى اذا كان في التركة حيوان فسمن بعد الوفاة ، وقبل سداد الدين فإنه يقوم في الحالين، ويكون الفرق بين القيمتين من حق الورثة .

ب ـ نفقات التركة لصيانتها وحفظها وتغذيتها وغير ذلك تكون على الرأي الأول من التركة نفسها ، فإن لم يكن في التركة ما ينفق منه ، كانت بين الدائنين والورثة ، كل على قدر حصتـه ، على أن يضاف الى الدين ، ماينفق ، او يستدان عليها بأمر القاضي لأجل الانفاق . . وأما على الرأي الثاني ، فإنها تكون على الورثة، لأنهم ملكوا التركة فور الوفاة ، وهـذه نفقات أملاكهم ، وإن كانت حقوق الدائنين تعلقت بها لسداد ديونهم ، ولأن لهم نماءها ، فعليهم نفقاتها والغرم بالغنم .

جـ ـ ثبوت الشفعة اذا كان للمتوفى شريك في عقار فباع هذا الشريك حصته منه ، قبل سداد الدين ، فعلى الرأي الأول ليس للورثة حق طلب الشفعة ، لعـدم تملكهم لما تركه مورثهم حين البيع ، فهم ليسوا شركاء في هذا العقار حتى يستحقوا الشفعة فيه .

وأما على الرأي الثاني فيثبت لهم هذا الحق ، لأنهم مالكون لحصة مورثهم ، من حين الوفاة ، فهم مالكون لها وقت البيع ، وشركاء في هذا العقار فيستحقون الشفعة فيه .

وكذلك يثبت لهم هذا الحق اذا كان الدين غير محيط على رأي من يقول ان الدين غير المحيط يمنع من ملكية ما يقابله ، لأنهم في هذه الحالة يملكون ماعدا ما يقابل الدين ، فهم شركاء بقدر مايملكون مما فضل عما يسدد به الدين .

د ـ ما يجد من الملك(١) بعد الوفاة ، كأن يكون المتوفى نصب شبكة قبل وفاته ليصطاد بها حيوانا ، فوقع فيها الحيوان بعد وفاته ، فإنه يكون على الرأي الاول من التركة ويتعلق به حق الغرماء .

وأما على الرأي الثاني فإنه يكون للورثة فقط كالنماء لأن حق الغرماء قد تعلق برقبة التركة التي وجدت وقت الوفاة .

هـ ـ التصرف في التركة . فإنه اذا كانت التركة مستغرقة بالدين لايصح قسمتها ولا التصرف فيها على الرأي الأول ، لأنهم لم يملكوها قبل سداد الدين .

وأما على الرأي الثاني فإنه تصح قسمتها ، ويكون على كل وارث ما يقابل حصته من الدين ، ويصح تصرف كل وارث في حصته قبل القسمة اذا أدى ماعليها من الدين .

هذا مايقتضيه ظاهر القولين السابقين وهما القول بعدم ملكية الورثة للتركة المدينة بمجرد الوفاة والقول بملكيتها ، ولكن يظهر ان هذا الخلاف ، لم يكن سببا في الخلاف في صحة تصرف الورثة في التركة المدينة فقد اختلف اصحاب الرأي الاول في صحة التصرف ، مع اتفاقهم على عدم ملكية الورثة لها ، فمنهم من رأى عدم صحة التصرف ومنهم من رأى صحته .

وكذلك اختلف أصحاب الرأي الثاني ، مع اتفاقهم على ان الورثة مالكون لها ،

---

(١) احكام التركات والمواريث لأبي زهرة ص٢٨ .

بمجرالوفاة . وإنما يظهران سبب هذا الاختلاف في صحة التصرف وعدمها ، يرجع الى آرائهم في العقود ، والى حماية الدائنين ، وتختلف الأنظار في الطريقـــة التي تتم بها هذه الحماية .

وبما ان التصرف قد يكون بقسمةالتركة بين الورثة ، وقديكون بغير قسمتها بأي نوع من أنواع الانشاءات ، كالبيع والرهن والهبة وغيرها فإكمالا للفائدةسنذكر فيما يأتي اجمالا احكام كل من التصرفين على حدة .

احكام قسمة التركـــة المدينة

اختلف الفقهاء في صحة قسمتها ، سواء منهم من قال بأن الورثة يمتلكونها ، فور الوفاة ، ومن قال بعدم ملكيتهم لها .

فعند الحنابلة ، والاشهر عند المالكية : انها صحيحة ، سواء أكان الدين محيطاً بها ، ام غير محيط ، ولهم ان ينفذوها ، الا اذا اعترض الغرماء وليس لبعض الورثة نقضها ، لأنها قد تمت باتفاقهم .

وعند جمهور الحنفية ، والشافعية ، غير صحيحة ، وليس لبعضهم اجبار غيره عليها ، لعدم صحتها ، ما دام الدين باقياً ، ولو لم يعترض الغرماء فإذا ابرأهم الغرماء او سقط الدين بأي سبب فليس لأحدهم حينئذ نقضها .

وهي غير ملزمـــة للغرماء ، ما لم يوف دينهم ، ولهم نقضها طلباً لاستيفاء حقهم ، سواء اكانت التركة ، من جنس الدين ، ام لم تكن من جنس الدين ،خلافاً للمالكيـــة ، فيما اذا كانت التركة جميعها من جنس الدين فإنهم قالوا : ليس لهم نقضها ، ما دام موجوداً من التركة في يد كل وارث ، مقدار مايسدد حصته من الدين ، فإنهم يستوفون من كل حصة ، مقدار ما يخصها من الدين .

فإذا بريء المتوفى من دينه ، بأى سبب كان ، تنفـــذ القسمة ، ولا ينقضها الدائنون لأن حقهم أن يستوفوا دينهم ، وقد تم لهم ذلك .

ويؤخذ من كلام الامامية : انهم يمنعون مع الدين قسمة التركة ، والتصرف فيها ، مع انتقالها للورثة ، قال في الجواهر(١) : (كما انها اقتضت الكلام في حال

---

(١) في آخر كتاب الحجر :

تركة الميت مع الدين ، اذ هي من المال المحجور على مالكه التصرف فيه ، بناء على انتقالها الى الوارث ، وان الدين متعلق بها ، تعلق الرهانة) .

أحكام تصرف الورثة بغير القسمة

اختلاف الفقهاء في صحة تصرف الورثة في التركة بغير قسمتها :

فقال كثير من الشافعية ، وبعض المالكية . ورواية عن احمد : بعدم صحته ، سواء اكان الدين محيطاً ، ام غير محيط ، ولا ينقلب هذا التصرف صحيحاً بسداد الدين ، او بالابراء من الغرماء ، لأن التصرفات عندهم اما صحيحة ، او باطلة ، وحيث ان هذا التصرف قد وقع باطلا ، لأنه تصرف وقع في مال محجور على مالكه التصرف فيه ، فلا يصح بعد ذلك .

وقال جمهور الحنفية بعدم صحته ، اذا كان الدين محيطاً ، لأنهم لم يملكوها ، وهو باطل لايصح بسداد الدين ، او الابراء من الغرماء ، لأنه وقع في غير ملكهم ، ولا مجيز له وقت حدوثه ، بخلاف تصرف الفضولي فإنه وان كان في ملك الغير لكنه وقع وله مجيز وقت حدوثه ، فينفذ بالاجازة من مالكه .

وأما إذا كان غير محيط فقالوا بصحته اذا لم يضر بالغرماء .

وقال الامامية بعدم صحة التصرف في التركة المدينة ، ولو انتقلت للورثة لأن الدين متعلق بها تعلق الرهانة ، فهي من المال المحجور على مالكه التصرف فيه وقد سبق ان نقلنا عن الجواهر ، مايفيد ذلك آنفاً في كلامنا على التصرف بالقسمة .

وقال كثير من المالكية ، وكثير من الحنابلة وبعض الحنفية : بصحة التصرف ، في التركة مطلقاً ، سواء اكان الدين محيطاً بها ، ام غير محيط ، بشرط ان لايمس حقوق الدائنين ، ولم يتضرروا به ، كأن يأذنوا فيه قبل ان يباشره الوراث ، او ان ينزلوا عن ديونهم ، او يبقى من التركة بعد التصرف مايكفي لسدادها .

قال الشيخ علي الخفيف(١) : . وهذا القول عنـدي هو ارجح الاقوال ، وأولاها بالقبول ، فقـد رجحنا فيما مضى ، قول من ذهب الى ان الوارث يمتلك التركة المدينة بمجرد الوفاة مثقلة بحقوق الدائنين ، لانه أبعد الاقوال ، عن افتراض امور غير موجودة كافتراض وجود ذمة للميت ، واشدها اتساقا مع القواعد ، كما بينا ، ولأن سبب الملكية قد تحقق ، وهو الوراثة الناشئة عن الوفاة ، فيترتب عليه أثره ، وهو ملك الوارث ، غير ان ذلك الملك لايسقط حقوقاً للدائنين ، تعلقت بمال المتوفى ، فيثبت فيه ، مع بقاء الحقوق متعلقة به ، واذا ثبت وجب ان يترتب عليه أثره ، وهو صحة التصرف في ذاته على ان لايمس هذه الحقوق القائمة المتعلقة بالمال، فإذا مسها وجب ابطاله . وهذا القدر كاف في رعاية هذه الحقوق ، وكفالة بقائها، والمحافظة عليها ، فلا ينبغي ان يتجاوز من غير ضرورة الى ماهو أبعد أثرا ، فيحكم بعدم ثبوت الملكية للوارث في التركة المدينة ، حتى يبني على ذلك بطلان التصرف فيها ، بطلاناً تاما .

وهذا هو رأي الحنابلة على أصح الروايتين عندهم ، فقد علمت انهم يجعلون الوارث مالكاً للتركة المدينة بمجرد الوفاة ، مع تعلق حقوق الدائنين بها ، وإن تصرفه فيها قبل اداء الدين نافذاً اذا ماقضي الدين ، او وجد الدائن في باقي التركة وفاء ، او تنازل عنه ربه ، أو التزمه الوارث وكان موسراً) اهـ .

وبعد ان اخذنا بترجيح القول بأن للورثة ان يتصرفوا في التركة المدينـة بقسمتها وبغير قسمتها من انواع الانشاآت كالبيع وغيره بشرط ان لايمس حقوق الدائنين ننقل فيما يلي بحثاً للشيخ محمد ابي زهرة في صحة بيع الدين اذا كان في التركة للمورث دين في ذمة الغير لما في هذا البحث من الفائدة .

قال الشيـخ محمد ابو زهرة(٢) : (وقبل ان نترك الكلام في بيع التركات ،

---

(١) في التركة والحقوق المتعلقة بها ص ١٠٣.

(٢) في احكام التركات والمواريث ص٨١ - ٨٣ .

الذي جاء في القانون . نشير الى ان القانون اجاز بيع التركة بما لها من ديون ، وقد ذكرنا انه اذا كان البائع قد استوفى شيئاً منها ، اعطاه للمشتري ، وبيع الدين لغير من عليه الدين جائز في القانون ، واساسه هو جواز حوالة الحق ، بأن يطلب بالحق من لم يكن صاحبه في الاصل ، وبيع الدين لغير من عليه الدين ، لايجوز في المذهب الحنفي ، وحوالة الحق لاتجوز ، لأن تمليك الدين لغير من عليه الدين لايجوز .

ولكن صرح فقهاء في المذهب الحنبلي بجواز ذلك ، وتحايل بعض فقهاء الحنفية على تجويزه ، ونريد ان نستطرد فنبين جواز ذلك ، كما جاء في المذهب الحنبلي وكما تحايل فقهاء الحنفية لجوازها .

لقد بين ابن تيمية جواز تحويل الدين لغير من عليه الدين ، وبين انه معاونة على الاستيفاء ، وعلل ذلك بأنه لم يرد نص عام ، ولا نص خاص يمنع ذلك ، لأن حوالة الحقوق من جنس المعاونة على استيفاء الحقوق ، ولذلك ذكر النبي صلى الله عليه وسلم : الحوالة في معرض الوفاء فقال في الحديث : (مطل الغني ظلم ، واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع) .

أما المذهب الحنفي فمع ان اقيسته الفقهية لاتتسع لقبول حوالة الحقوق ، قد تحايلوا لتجويزها ، ذلك بأن فقهاءه امتازوا بالقدرة على استخراج المخارج الفقهية ، اذا ضيقت عليهم الاقيسة أبواب الفتوى ، وقد وجدوا لحوالة الحقوق مخرجا ، وأفتى بها بعضهم ، ولذلك جاء في البدائع جوازها ، واعتبرها توكيلا بقبض الدين ، وهذا نص قوله :

وأما بيع الديون من غير من هي عليه ، والشراء بها من غير من هي عليه ، فينظر ان اضاف البيع والشراء الى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا ، او يقول اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان بكذا . او يقول اشتريت منك هذا الدين الذي في ذمة فلان ، وذلك لا يجوز ، لأن ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه ، والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر ، بخلاف البيع والشراء ممن عليه الدين ، وان لم يضف العقد

الى الدين الذي عليه جاز ، ولو اشترى شيئاً بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى جاز ، ثم أحال البائع على غريمه بدينهالذي له عليه جازت الحوالة ، سواءاكان الدين الذي أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض ، ام لايجوز ، كالسلم ونحوه ، وذكر الطحاوي انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد ، لأن هذا توكيل بقبض الدين ، فإن المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحال عليه ، والتوكيل بقبض الدين جائز أي دين كان ويكون قبض الوكيل كقبض موكله(١) .

وترى من هذا ان بيع الدين سائغ جائز في المذهب الحنفي والحنبلي وما جاء في القانون المدني في هذا المقام غير بعيد عن الفقه الاسلامي والله اعلم) اه .

(١) البدائع الجزء الخامس ص١٨٢ وأحمد بن حنبل للمؤلف ص٢٨٠ في باب (القياس الحنبلي) اه من أبي زهرة .

ترتيب الديون بعضها مع بعض

في الاستيفاء

اختلف الفقهاء ، في ترتيب هذه الديون ، اذا ضاقت التركة ، عن ايفائها كلها ، بقطع النظر عن القول ، بتقديم بعضها على التجهيز ، او تأخيره عنه .

فذهب الظاهرية ، الى ان دين الله ، من زكاة ، وحج ، وكفارات ، وغير ذلك مقدمة على ديون العباد.

قال ابن حزم(١) : (اول مايخرج من تركة الميت ، ان ترك شيئاً ، من المال قل او كثر ، ديون الله تعالى ، ان كان عليه منها شيء ، كالحج والزكاة ، والكفارات ، ونحو ذلك ، ثم ان بقي شيء ، اخرج منه ، ديون الغرماء ان كان عليه دين ، فإن فضل شيء كفن منه الميت ، ثم قال : وبرهان ذلك ، قوله تعالى : في آيات المواريث(٢) : (من بعد وصية يوصي بها او دين) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (فدين الله احق ان يقضى ، اقضوا الله فهو احق بالوفاء) .

فالآية تعم ديون الله ، وديون الخلق ، والسنة الثابتة ، بينت ان دين الله مقدم على دين الخلق اه .

ثم يقدم بعد دين الله تعالى ، من ديون الخلق ، ما كان متعلقا بعين ، من المال ثم الديون المطلقة ، التي لم تتعلق بعين من المال .

---

(١) المحلى ج٩ ص٢٥٣ و ٢٥٤ .

(٢) الآية ١١ و ١٢ من سورة النساء .

وذهب الحنفية ، الى ان ديون الله يسقط اداؤها بالموت ، لأن الموت عجز كله ، مناف لما فيه تكليف ، فلا يلزم الورثة اداؤها ، الا اذا تبرعوا بها ، او اوصى الميت بادائها ، لأن الركن فى العبادة نية المكلف وفعله وقد فات كل منهما بالموت، فلا يتصور بقاء الواجب ، لأن الآخرة ليست دار تكليف ، وان كان الاثم لايزال باقياً ، لأنه من احكام الآخرة(١) .

وفي حالة الايصاء بها ، تصير كالوصية لأجنبي ، يخرجها الوارث ، اوالوصي من ثلث الباقي ، أي الفاضل ، بعد التجهيز ، وبعد دين العباد .

هذا اذا كان له وارث وإن لم يكن له وارث ، فتخرج من الكل ، لأن منع الزيادة على الثلث لحق الوارث .

وفي كلا الحالين ، تقدم الفرائض ، على غيرها ، لأن الفريضة اهم من النافلة، فإن تساوت ، فإن كانت كلها فرائض ، تقدم الزكاة ، كما ذكره الطحاوي(٢) لأنه تعلق بها ، حق العبد ، وهو الفقير ، فكان اولى .

وان كانت كلها نوافل ، يقدم ماقدمه الموصي .

وإنما كانت ديون الله بعد ديون العباد ، لأن دين العباد مقـــدم على دين الله تعالى ، اذا اجتمعا ، لأن الله هو الغني ، والعباد هم الفقراء .

فإن قيل : ان الزكاة تعلق بها حق العبد ، وهو الفقير ، فينبغي ان تخرج مع ديون العباد ، فيقال : المراد بديون العباد ، مالها مطالب معين من جهتهم ، والزكاة ليس لها مطالب معين من العباد ، فإنه يجوز ان يقول من عليه الزكاة للفقير الذي يطالبه : لا ادفعها اليك ، بل الى فقير آخر ، وهكذا بخلاف الدين ، فإن صاحبه معين ، لاتدفع خصومته ، الا بإداء الدين اليه .

---

(١) يراجع تبيين الحقائق الزيلعي ج ٦ ص ٢٣٠ .

(٢) حاشية الفناري على شرح السيد على السراجية ص٣١ وتراجع حاشية ابن عابدين ج٢ ص١٨١ في فصل العوارض المبيحة لعدم الصوم .

ويقدم من ديون العباد ، الديون العينية ، على الديون المطلقة ، لأنها مقدمة على التجهيز ، المقدم عندهم على الديون المطلقة .

على إن بعض الديون العينيـــة ، مقدم ، على بعضها ، قال ابن عابدين(١) : (تنبيه) لو كان العبد الجاني ، هو المرهون ، قدم حق المجني عليه ، لأنه أقوى ، لثبوته على ذمة العبد ، وحق المرتهن في ذمة الراهن ، ويتعلق برقبة العبـــد ، لا في ذمتـــه) اهـ .

ويقدم من ديون العباد المطلقة ، دين الصحة ، وما ألحق به ، على دين مرض الموت(٢) . وإنما قدم دين الصحة على دين المرض ، لأنه أقوى منه . وذلك :

أولا : لأن دين الصحة ، قد تعلق بأموال المريض ، منذ أن حل به مرض الموت ، فكان له امتياز على ما يقر به بعد ذلك ، في مرضـــه ، وهو المسمى بدين المرض ، لأن مايثبت بإقراره ، في مرضه ، انما يثبت في حال تعلق بأمواله دين صحته ، وصارت هذه الاموال ، محلا للوفاء به ، وضماناً له ، فيكون دين المرض مؤخراً في الوفاء عنه ، ولأنه لو تساوت في الوفاء ، لألزم الغرماء ، بإقراره ، والاقرار حجة قاصرة على المقر لاتتجاوزه ، الى غيره ، فلهذا يعتبر اقراره باطلا ، حتى يستوفي الغرماء ديونهم .

ثم بعد ذلك يظهر إقراره في حق نفسه ، فيؤخذ الدين الذي أقر به من أمواله ، بعد وفاء دين الصحة .

ثانياً : لأن الاقرار في حالة المرض به ضعف ، لتهمة المحاباة ، فقد يكون الغرض منه منح المقر له مالا ، بطريقة لاتخضع للوصية ، بأن يكون الاقرار بأكثر من الثلث او لوارث مثلا .

وفي هذا ضرر بالغرماء . والحال تقتضي الحذر والحيطة ، منعاً للضرر بهم ،

---

(١) في حاشيته على الدر المختار جـ ٥ ص ٥٠٠ .

(٢) تقدم بيان دين الصحة ودين مرض الموت في ص١٠٣، ١٠٤.

والتلاعب باموالهم ، ولذلك يحجر المريض عن التبرع ، بما زاد على الثلث وهذا إذا جهل سبب الدين ، وأما إذا أقر به حالة المرض ، وعلم بالمعاينة ، كثمن الدواء وغيره، فإنه يلحق بدين الصحة ، ، كما تقدم ، اذ قد علم وجوبه بغير إقراره فانتفت التهمة، ولذلك ساواه في الحكم(١) اهـ .

وقال المالكية : تقدم ديون العباد ، على ديون الله تعالى ، لحاجة العباد وغنى الله تعالى ، سواء اكانت ديون العبد ، بضمان ام لا ، وسواء اكانت حالة ، ام مؤجلة، لأنها تحل بالموت ، وتخرج من كل المال بعد التجهيز . . .

وأما ديون الله تعالى ، كزكاة الفطر ، التي فرط فيها وككفارة اليمين والصوم، والظهار والقتل ، فتخرج بعدها ، من كل المال أيضاً ، اذا أشهد عليها ، في حياته انها بذمته ، سواء اوصى بها ، ام لا ، لما صرح به ابن عرفة وغيره ، : ان حقوق الله متى اشهد في صحته بها ، خرجت من رأس المال ، أوصى بها ام لا ،وتخرج من الثلث إذا أوصى بها ، ولم يشهد عليها في حياته(٢) اهـ .

ويقدم من ديون العباد ، ما كان متعلقاً بعين من التركة ، على الديون المطلقة لأنهم كالحنفية يقدمونها على التجهيز المقدم على الديون المطلقة .

ولم يفرقوا بين دين الصحة ودين المرض غير انهم اشترطوا ان لا يكون المريض منهما في اقراره والا منع اقراره لغيره ، ولم يؤخذ به ، ولو لم يتجاوز الثلث من تركته(٣) .

والذي يؤخذ من كتب الامامية ، انهم يقدمون ديون العباد على ديون الله تعالى ، قال في الجواهر في آخر كتاب الحجر : (ولصحيح عبادة بن صهيب ،او

---

(١) تراجع حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٥٠١ و ٥٠٢ وتراجع حاشية الفناري على شرح السيد على السراجية ص ١٧ و ١٨ .

(٢) يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ ٤ ص ٤٥٨ طبعة صبيح .

(٣) يراجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص٣٩٨ .

موثقة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكاته في حياته . فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه ، مما يلزمه من الزكاة ثم اوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من يجب له ، قال جائز يخرج ذلك من جميع المال ، انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما اوصى به من الزكاة) .

فقد شبه حق الله اذا اوصى به بدين العباد فيفهم انه لم يشبهه في غير حال الوصية ، وقد يفهم منه ان دين العباد أقوى منه — لان المشبه به أعلى حالا من المشبه.

ولم يفرقوا بين دين الصحة ودين المرض ، غاية الامر انهم قالوا : ان اقرار المريض يكون من الثلث مع التهمة وهي الظن الغالب بأنه يريد بالاقرار تخصيص المقر له بالمقر به وإنه في نفس الامر كاذب ، والا يكن هناك تهمـــة ظاهرة فمن الاصل مطلقاً(١) .

وقال الشافعية : ديون الله احق . لقوله صلى الله عليه وسلم : (فدين الله أحق ان يقضى ـ اقضوا الله فهو أحق بالوفاء) .

ثم يقدم بعد دين الله تعالى ، من ديون العباد الديون العينية ، ثم الديون المطلقة، على ان بعض الديون العينية ، مقدم على بعض ، عندهم كالحنفية والمالكية ، قال الخضرى(٢) : (وتقدم الجناية على الرهن ، لانحصار تعلقها بالعين ، والرهن متعلق بها وبالذمة ، ويقدم الراهن على البائع ، لان البائع اذا فسخ لم يرتفع العقد من أصله، بل من حين الفسخ ، فيتعلق حقه به حينئذ وأما المرتهن فحقـــه متعلق به من حين الرهن ، وقدم لسبقه) اه ولم يفرقوا بين دين الصحة ودين المرض وساووا بينهما في القوة والاستيفاء لان الاقرار في حالة المرض لاتهمه فيه لانها حالة الانابة الى الله والبعد عن الهوى .

---

(١) يراجع شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص ١١٥ و ١١٦ .

(٢) في حاشيته على شرح الشنشوري على الرحبية ص ٤٤ .

وقال الحنابلة : (ديون الله وديون العباد سواء ، لقوله تعالى : (من بعد وصية يوصي بها ، او دين) .

فإن لفظ الدين يشملها ، فإن لم تف التركة بها ، فتقسم على مقدار ديونها ، ويقدم من ديون العباد ما كان متعلقاً بعين المال على غيره . وهم كالحنفية يقدمون دين الصحة ، على دين المرض ، ففي كشاف القناع(١) (وإقرار المريض في مرض موته ، كاقراره في صحته ، لأنه غير متهم فيه ، الا في اقراره بمال لوارث ، فلا يقبل الا ببينة ، أو اجازة من باقي الورثة ، لأنه ايصال لمال الى وارثه ، بقوله في مرض موته ، فلم يصح بغير رضا بقية الورثة ، كهبته له ، ولا يحاص المقر له ولو اجنبياً ، غرماء الصحة بل يقدمون عليه ، لأنه أقر بعد تعلق الحق بماله ، فاشبه اقرار المفلس، بدين لغير من حجر عليه لأجلهم ، فلا يستوي المقر له مع غرمائه .

ولو أقر في مرض موته بعين ثم بدين ، او بدين ثم بعين ، فالمقر له بالعين اولى، في الحالتين ، لأن الاقرار بالدين ، يتعلق بالذمة ابتداء ، والاقرار بالعين يتعلق بذاتها ابتداء ، والمتعلق بالذات أقوى)(انتهى مع تصرف) .

وبالموازنة بين هذه المذاهب نجد :

أولا : ان الحنفية والحنابلة ، يقدمون دين الصحة ، على دين المرض لأنه أقوى منه لأن الاقرار حالة المرض به ضعف لتهمة المحاباة .

وأما الجمهور فيسوون بين الدينين ، لأن الاقرار حالة المرض ، لاتهمة فيه لأنها حالة الانابة الى الله تعالى ، والبعد عن الهوى .

ولعل هذا الرأي هو الأرجح ، لأنها حالة يصدق فيها الكذوب ، ويبر فيها الفاجر ، ويرجع عن آثامه ، ويرعوي عن غيه ، فيقلع عن جحوده ، وانكاره للحقوق التي عليه ، فيقر بها ، ولايصح ان تضيع عليه فرصة التوبة والانابة ، باتهامه في اقراره .

---

(١) ج٤ ص ٢٩٣ بتصرف من الشيخ علي الخفيف في التركة والحقوق المتعلقة بها .

ثانياً : نجد ان ابن حزم والشافعية ، يقدمون ديون الله على ديون العباد ، وان الحنفية يسقطون ديون الله تعالى ، او يقدمون ديون العباد عليها ، عند الوصية بها ، وان المالكية والامامية يقدمون دين العباد على دين الله تعالى ، ويقولون ان دين الله يخرج بعده من كل المال ، الا ان المالكية يشترطون الاشهاد عليه ، حالة الحياة والامامية يشترطون وجوب الايصاء به ، وهما قريبان . وان الحنابلة يسوون بينهما .

كما نجد انهم جميعاً اتفقوا على ان ديون العباد العينية ، مقدمة على ديونهم المطلقة .

والذي يظهر لي رجحانه : قول المالكية ، وهو تقديم ديون العباد ، ثم اداء ديون الله تعالى ، من كل المال اذا اشهد بها ، في حياته انها بذمته ، او من الثلث اذا أوصى بها ولم يشهد ، لأن قولهم هذا وسط ، وخير الأمور الوسط لأنهم لم يسقطوا ديون الله تعالى ، كما قال بذلك الحنفية ، ولم يقدموها على ديون العباد ، كما قال الشافعيه وابن حزم ، ولم يخرجوها حالة الوصية ، من اكثر من الثلث ، كما قال الامامية ، بل حافظوا على ديون الله تعالى ، رحمة بالميت اذا اشهد عليها ، لتبرأ ذمته ، وليسقط الاثم عنه ، فلا يحال بينه وبين الجنة ، وأخرجوها من الثلث اذا أوصى بها ، ولم يشهد عليها ، كما هو الشأن في الوصايا . . .

فإذا وسعت التركة جميع الديون ، كان بها ، وإذا لم تف بها كلها ، قدم دين العباد لفقرهم وحاجتهم ، على دين الله تعالى ، لغناه وسعة رحمته .

وما استدل به ابن حزم والشافعية ، على ان دين الله احق ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : (فدين الله احق ان يقضى) فهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان امي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها ، فقال : (لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها ، قال : نعم قال : (فدين الله احق) .

فهذا الحديث منسوخ بحديث النسائي (لايصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ، ولكن يطعم عنه وليه) .

وذلك لأن حديث النسائي هذا ، موقوف على ابن عباس ، وفتوى الراوي على خلاف مرويه بمنزلة روايته للناسخ .

وقال مالك : ولم أسمع عن احد من الصحابة ، ولا من التابعين بالمدينة ، ان احدا منهم ، امر احدا يصوم عن احد ، ولا يصلي عن احد .

فقول مالك هذا يؤيد النسخ ، وإنه الامر الذي استقر الشرع عليه ، او على الأقل يضعف الحديث(١) .

وما استدل به الحنابلة من كون لفظ دين في الآية يعم ديون الله ، وديون العباد ، لايستلزم المساواة بينهما ، ولا ينافي ان دين العباد احق ، لحاجتهم وفقرهم وغنى الله ، وسعة رحمته ولأن العباد لاتدفع خصومتهم ، الا بالاداء اليهم .

---

(١) تراجع حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٢ ص ١٨١ .

الحق الثالث من الحقوق

المتعلقـــة بالتركة

الوصيـــة

بعث رسول الله صالى لله عليه وسلم والعرب يعرفون الوصية في معاملاتهم ، وينفذونها فيما بينهم ، فكان يوصي بعضهم لبعض ، من غير ارتباط بقانون ، او عمل بتشريع ينظم ذلك ، على وجه يوفر العدالة وروح الانصاف .

بل كانوا يسيرون في وصاياهم على الظلم . ومجافاة العدل ، توفيرا لما جبلوا عليه في حياتهم العادة ، من حب المباهاة والتفاخر ، فكان الواحـــد منهم يوصي للاجنبي الذي لاتربطه بهاية رابطة من قرابة ، أو نسب ، ويترك أقاربه وذوي نسبه، يتجرعون مرارة العوز والفقر ، وذل البؤس والحاجة .

ولا شك ان هذا نظام فاسد ، يؤدي الى الكراهيـــة والبغضاء ، بين ذوي النسب والاقارب ، ولاتبدوعليه روح الصلاحية للبقاء والخلود .

فمست الحاجة الى تشريع إصلاحي ، يوفر الحب والطمأنينية ويزيل الحقد والضغينة ، ويبعث على توثيق عرى الصلـــة والمودة . ويتفق مع روح الشريعـــة الاسلامية ، في نبل مقاصدها ، وسمو اغراضها ، فشرعت الوصية ، على الوجه الذي يحقق ذلك ويوفره ، ووضعت لها الاركان والشروط ، فلم يترك فيها الامر للموصي يتصرف فيها حسب هواه ، كما كان يتصرف في الجاهلية ، دون ان يلاحظ القرابة، والحاجة بل لوحظ فيها جانب الموصى فابيح له ان يوصي ليتدارك ما فاته من

أعمال الخير والبر ولوحظ فيها جانب الورثـــة ، فلم يسمح له أن يوصي بأكثر من الثلث .

فإذا توفرت أركانها وشروطها وزالت الموانع وقبلها الموصى له بعد وفاة الموصي ، فإنه يخلفه فيما أوصى به في الحدود التي تنفذ فيها الوصايا بحكم الشارع ويملكه كما سيأتي لأن الوصية من أسباب الملكية بطريق الاختيار(١) .

ولما كانت الوصيـــة فيها بحوث كثيرة ولها فروع متعددة ، والكلام عليها مبسوط في كتب الفقه ومستوفى فيها . فلا حاجة الى الاضافة في الكلام عليها هنا ، فليس هذا موضع بحثها ، بحثاً مستقلا ، يلم بأطراف الحديث عنها .

وإنما نتكلم عليها هنا ، باعتبار إنها من الحقوق المتعلقة بالتركة ، فنتكلم على بيان معناها ، لأنه يتوقف عليه كل كلام عليها ، كما نتكلم على بيان سببها ، وحكمة مشروعيتها ، ودليلها ، ووقت تعلقها بالتركة ، وبيان حكمها ، ووقت قبولها ، أو ردها ، وهـــل تكون بأكثر من الثلث ، أو لوارث ، أو قاتل ، أو ذمي ، ثم على تنفيذها ، ومم تنفذ ، وعلى تزاحم الوصايا .

معنى الوصية

الوصية في اللغة مأخوذة من وصى يصي ، أو وصى يوصي ، أو أوصى يوصي وهي مادة تدل على الوصل والايصال . يقال أرض واصية ، أي متصلة النبات ، قال ذو الرمة :

نصي الليل بالايام حتى صلاتنا مقاسمة يشتق أنصافها السفر (٢)

وتطلق على فعل الموصي ، وعلى المال الذي يوصي به .

---

(١) بينا اسباب الملكية مفصلة بالهامش في ص١٢٢ .

(٢) كما يؤخذ من المصباح المنير والبحر الزخار جـ٥ ص٣٠٢ .

فهي على الأطلاق الاول مصدر ، أو إسم مصدر ، ومنه قوله تعالى(١): (ياأيها الذين آمنوا شهاده بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذواعدل منكم او آخران من غيركم) .

وسمي فعل الموصي وصية لأنه لما أوصى ، كأنة وصل مابعد الموت ، بما قبله في نفوذ تصرفه ، او وصل القربة في تلك الحال بها في الحال الاخرى .

وهي على الإطلاق الثاني ، اسم مفعول ، ومنه قوله تعالى(٢) : (من بعد وصية يوصي بها او دين) .

فاللغة لم تفرق بين الوصية والايصاء . كما لم تفرق بين الفعل المتعدي بنفسه أو باللام او بالى في ان كلا منها يستعمل في الوصية والايصاء .

وإنما الذي فرق بين الوصية والإيصاء أكثر الفقهاء ، فاستعملوا لفظ الوصية في التمليك المضاف الى ما بعد الموت ، ولفظ الايصاء في جعل الغير وصياً على من يلي امره بعد وفاته(٣) .

ففي حاشية الدسوقي(٤) (يقال وصيت له أى بمال ، وأوصيت اليه أى جعلته وصياً ، فهما مختلفان) .

والوصية في الإصطلاح اختلف الفقهاء في تعريفها .

فقال الحنفية : (هي تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، بطريق التبرع سواء اكان الموصى به عيناً ، ام منفعة (٥) .

---

(١) الآية ١٠٦ من سورة المائدة .

(٢) الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) تراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٥ ص٥٦٨ طبعة بولاق سنة ١٢٩٩هـ.

(٤) على الشرح الكبير جـ٤ ص٤٢٢ طبعة صبيح .

(٥) يراجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ٦ ص٨٢ وقد تقدم في ص١٢٢ إن الوصية من أسباب نقل الملكية بطريق الخلافة الاختيارية .

وبما إن القيود في هذا التعريف غير مرتبة ، كما يفهم من الكيفية التي احترز بها ابن عابدين(١) بهذه القيود . فإنه ينبغي أن يكون صوغ التعريف هكذا :

الوصية : هي تمليك بطريق التبرع مضاف الى مابعد الموت ، سواء اكان الموصى به عيناً ، ام منفعة .

فكلمة تمليك كالجنس في التعريف تشمل كل تمليك بطريق التبرع ، ام بالعوض سواء اكان في الحياة ، ام بعد الممات .

وكلمة بطريق التبرع يخرج بها التمليك بالعوض كالبيع والإجارة .

وكلمة مضاف الى ما بعد الموت يخرج بها الهبة فإنها تمليك تبرع للحال .

ولاينافي التبرع وجوب الوصية لحقه تعالى ، لأن المراد بالتبرع ما كان مجاناً لابمقابلة عوض ، وليس المراد به ما ان شاء فعله وإن شاء تركه(٢) .

وكلمة عيناً ام منفعة قيد لبيان الواقع ، فهو تنبيه على متعلق الوصية ، ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة ، والقوة كالثمرة المتجددة ، ويندرج في المنفعة المؤبدة والموقتة والمطلقة .

وعرفها غير الحنفية من المذاهب الأربعة والامامية بما يستفاد منه هذا المعنى أو بما هو قريب منه(٣) .

وعرفها صاحب اللمعة الدمشقية من الإمامية بقوله(٤) : (وشرعا تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة) .

---

(١) في حاشيه على الدر المختار ج٥ ص٥٦٨ .

(٢) تراجع حاشيه ابن عابدين على الدر المختار ج٥ ص٥٦٨ .

(٣) تراجع عند المالكية حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٤ ص٤٢٢ وعند الشافعية شرح الترتيب ج٢ ص٣ وعند الحنابلة المغني لإبن قدامة الطبعة الثالثة لدار المنار ١٣٦٧هـ المجردة ج٦ ص١ وعند الإمامية رياض المسائل ج٢ ص٥٠ وشرائع الإسلام ج٢ ص٢٥٨ .

(٤) في ج٢ ص٤٢ .

وعرفها ابن رشد فقال(١) : (والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص ، بعد موته ، أو عتق غلامه ، سواء صرح بلفظ الوصية ، أو لم يصرح به) .

وعرفها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م في المادة ٦٤ منه فقال : (الوصية تصرف في التركـة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض) .

وعرفها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في الجمهورية العربية المتحدة بقوله : (وهي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت) .

وبالموازنة بين هذه التعريفات نجد ان تعريف صاحب اللمعة الدمشقية يشمل الوصية والإيصاء لأن لفظ تسليط على تصرف يدخل فيه الوصاية بإنفاذ الوصية(٢)، والولاية(٣) على من للموصي عليه ولاية .

فهو بذلك يكون مخالفاً لعرف أكثر الفقهاء في إن الوصيه والإيصاء مختلفان عرفاً وكأنه لاحظ عدم الإختلاف بينهما لغة .

ونجد إن تعريف ابن رشد بالهبة يوهم خللا في التعريف لأن الهبة تمليك للحال والوصية تمليك بعد الموت فبينهما تناف وإن كان كل منهما بطريق التبرع .

كما نجـد ان تعريف قانون الأحوال الشخصية العراقي أوسع من تعريفات الفقهاء لأنه يشمل ما ليس تمليكاً ولكن يترتب عليه التمليك كالوصية بالابراء من الدين ، فإنه اسقاط يؤول الى التمليك .

وإن قانون الوصية في الجمهورية العربيـة المتحدة أكثر شمولا لأنه يشمل

---

(١) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ٢ ص٣٣٠ .

(٢) كما إذا أوصى الى زيد بأن يخرج من ماله اجرة الحج والصلاة ونحو ذلك اهـ من هامش شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ ص٤٢ .

(٣) الولاية بالكسر عطف على انفاذ .

جميع أنواع الوصايا التي جاء بها كالوصية الواجبة ، والوصية للجهات الخيرية التي ليست أهلا للتمليك كالمدارس والمعاهد والمصحات ، ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً يؤول الى تمليك كالوصية بالابراء من الدين ، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً ، كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة .

كما يشمل الوصية بحق من الحقوق التي ليست مالا ، ولا منفعة ، كالوصية بتأجيل الدين ، والوصية بتقسيم التركة . أو تخصيص بعض الورثة بعين منها .

وذلك لأن كل هذة الوصايا تصرفات في التركة مضافة الى ما بعد الموت.

سبب الوصية

سببها اذا كانت مستحبة هو سبب التبرعات ، وهوتحصيل ذكر الخير في الدنيا ، ووصول الدرجات العالية في العقبى ، وان كانت واجبة ، فالظاهر انسببها هو سبب الاداء ، وهو خطاب الله تعالى المتعلق باداء تلك الواجبات ، وقد قالوا : ان القضاء يجب بما يجب به الاداء(١) .

حكمة مشروعية الوصية

ان الانسان قد تفوته اعمال البر في ماضيه ، أو يقصر في تحصيلها ، ثم يبدو له ان يتدارك ما فاته ، أو قصر فيه ، وقد يريد ان يكافيء من أسدى اليه في حياته جميلا ، أو قدم اليه فيها معروفا ، أو يقصد مساعدة غير الوارثين ، من أقربائه وأحبابه ، ممن تشتد حاجته ، أو تكون ظاهرة خلته ، راجيا بهذا التدارك ، وتلك المكافأة والمساعدة ، تحصيل الثواب في الاخرة ، ورفع الدرجات فيها ، وفي الوقت نفسه يخشى ان يتبرع في الحال بما له ، ثم تمتد به الايام ، ويطول به الاجل ، فيحتاج الى ماله في قضاء مصالحه في الدنيا ، ودفع حاجته فيها ، فشرع الله الوصية

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص٥٦٩ .

تمكينا له من مقصده ، وهي تصرف يتضمن هذا الغرض فيها يتحقق مقصده الاخروى ، اذا لم يحتج الى ماله ، وأصر على الوصية ، ومات مصراً عليها ، فتكثر حسناته ، وتزداد من البر أعماله ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : (ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو حيث أحببتم) رواه البخاري .

وبها أيضا يتحقق مقصده الدنيوي ، اذا طال به الاجل ، وامتد به الامد . وأعوزته الايام الى ماله ، فيمكنه الرجوع في الوصية ، وله شرعا ذلك ، ويصرف ماله فيما هو فى حاجة اليه ، فيدفع عوزه ، ويسد خلته ، وليس في غير الوصية ، من التصرفات ما يتحقق به هذا الغرض وانه لمن محاسنها .

قال المرغيناني(١) : (فان الانسان مغرور بأمله ، مقصر في عمله ، فاذا عرض له المرض وخاف البيات ، يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ، ولو أنهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي . وفي شرع الوصية ذلك) .

دليل مشروعية الوصية

القياس لايجيز شرع الوصية ، لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الاضافة الى زمان زالت المالكية فيه ، فلا يتصور التمليك فيه ، لان فاقد الشيء لايعطيه ، فلا يصح لانه لو أضيف التمليك الى زمان قيام المالكية ، بان قيل ملكتك غداً كان باطلا فهذا من باب أولى .

الا انها شرعت استحسانا بالكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول والقياس يترك بهذه الادلة .

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ونحوه مما جاء في آيتي المواريث من سورة النساء فقد شرع الله سبحانه وتعالى الميراث مرتبا على الوصية ، فدل على ان الوصية مشروعة ، والا لما رتب عليها المشروع .

(١) في شرح الهداية المطبوع مع فتح القدير ج ٨ ص ٤١٨ .

ومنه قوله تعالى(١) : (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض) فقد ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشهاد على الوصية فدل على انها مشروعة ا ه(٢) والا لما شرع الاشهاد عليها .

وأما السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم : (ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو حيث أحببتم) رواه البخاري .

ومنها ما روى سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه قال : (جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت : يا رسول الله اني قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة(٣) أفأتصدق بثلثي مالي . قال (لا) قلت فالشطر يا رسول الله ، فقال (لا) قلت فالثلث ، قال (الثلث(٤) ، والثلث كثير ، أو كبير ، انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس)(٥) هذا طرف من رواية البخاري ومسلم(٦) فجوز صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث .

---

(١) الاية ١٠٦ من سورة المائدة .

(٢) البدائع ج ٧ ص٣٣٠ .

(٣) يريد انه لا يرثه من اولاده الا ابنة والا فهو من بني زهرة وهم عصبته ، وكان ذلك قبل ان يولد له غيرها ثم ولد له اربعة ذكور وكثير من البنات . قيل ثنتا عشرة .

(٤) يجوز رفع الثلث على انه فاعل أي يكفيك الثلث ، أو على انه مبتدأ محذوف الخبر ، أي الثلث كافيك او على انه خبر محذوف المبتدأ اي كافيك الثلث ، كما يجوز نصبه على الاغراء ، او على تقدير اعط الثلث .

(٥) عالة اي فقراء جمع عائل وهو الفقير ، ويتكففون اي يسألون الناس باكفهم.

(٦) جواهر الاخبار والاثار المستخرجة من البحر الزخار ج ٥ ص٣٠٣ . والمغني لابن قدامة طبعة المنار ج ٦ ص١ .

ومنها ما روي عن ابن عمر رضـي الله عنهما ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده) اي ما الحزم ، او ما المعروف من الاخلاق الا هذا . فقد يفجأه الموت . وغير ذلك من الاحاديث الدالة على مشروعية الوصية .

وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من احد فيكون اجماعا من الامة على ذلك ....

واما المعقول فهو كما قال الكاساني(١) : (فان الانسان يحتاج الى ان يكون ختم عمله بالقربة ، زيادة على القرب السابقة ، على ما نطق به الحديث(٢) او تداركا لما فرط منه في حياته ، وذلك بالوصية ، وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد اليها ، فاذا مست الحاجة الى الوصية وجب القول بجوازها .

وقد تبين مسيس الحاجة اليها في الكلام على حكمة مشروعيتها .

ولان الوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله ، فيجوز ، كما يجوز استخلاف الشارع في الميراث ، الا ان الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظا لحق الورثة ، فابقى لهم الثلثين ، لان حقهم تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم ، وهو استغناؤه عن المال بالموت ، الا ان الشارع اظهر لهم هـذا الحق الذي تعلق بماله في الثلثين ، ولم يظهره في الثلث الباقي ليمكنه ان يتدارك ما فاته في حيـاته من القربات او قصر فيه ، فيوصي للاجنبي بما لا يزيد على الثلث .

وقت تعلق الوصية بالتركة

اذا تمت الوصية ، بان توافرت اركانها وشروطها وزالت موانعها ، كانت

---

(١) تراجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٠ .

(٢) (ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم او حيث احببتم) رواه البخاري .

كالتجهيز ، تتعلق بالتركة عقب الموت ، فقد قدمنا أن الحنفية عرفوها ، بأنها تمليك بطريق التبرع مضاف لما بعد الموت ، وان غيرهم من المذاهب الاربعة ، والامامية عرفوها بما يستفاد منه هذا المعنى ، او بما هو قريب منه(١) .

وكذلك عرفها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، وقانون الوصية في الجمهورية العربية المتحدة بأنها تصرف في التركة بعد الموت الخ .

ولا تتعلق بالتركة وقت الموت ، لانها تمليك بعده ، ولأن التركة في هذا الوقت مشغولة بحوائج الموصي الاصلية ، من تجهيزه ، وقضاء ديونه فلا تلزم الا بعد قضاء حوائجه الضرورية ، واستغنائه عنها .

وقيل تتعلق بالتركة بعد الموت ، مستندة الى وقت الموت ، لانها تخرج من ملك الموصي بموته ، فينبغي ان تدخل في ملك الموصى له ، فور خروجها من ملك الموصي ، حتى لاتبقى فترة بدون مالك بعد ان كانت مملوكة ، وسنفصل ذلك بعض التفصيل . في الكلام على بيان حكمها .

ولا تتعلق بالتركة قبل الموت ولو بطريق الاستناد ، بدليل انه يصح للموصي الرجوع عنها ، ولا يصح للموصى له نقض تصرفات الموصي . التي تقع منه في مرض موته ، ولا الاعتراض على شيء منها ، بخلاف الورثة والدائنين ، فان حقوقهم تتعلق بالتركة ، وقت الموت مستندة في الصحيح الى اول وقت المرض ، ولذلك كان لكل من الفريقين ، نقض التصرفات التي وقعت في مرض الموت ، اذا كانت ضارة بحقوقهم .

حكم الوصية

الحكم يطلق عند علماء الشريعة ، بثلاثة اطلاقات ، تختلف باختلاف الاعتبارات :

---

(١) تقدم ذلك في ص ١٤٣ ، ١٤٤ كما بينت المراجع عندالجميع بالهامش .

اولاً : يطلق ويراد به صفة التصرف الشرعية ، من حيث كونه مطلوب الفعل ، او الترك او من حيث التخيير بينهما وهو الحكم التكليفي ، وفعل المكلف يتنوع بهذا الاعتبار ، الى فرض ومندوب وحرام ومكروه ومباح .

الثاني : يطلق ويراد به صفة التصرف التي يتصف بها ، نتيجة لموافقته للطلب ، او عدم موافقته له وهو الحكم الوضعي ، وفعل المكلف يتنوع بهذا الاعتبار الى صحيح وغير صحيح ، ونافذ وموقوف ، ولازم وغير لازم ...

الثالث : يطلق ويراد به الاثر المترتب على التصرف باعتبار ما ثبت له من صفات ، كثبوت الملكية مثلا وعدم ثبوتها .

فالوصية اذا لها ثلاثة احكام مختلفة باختلاف الاعتبارات ونتكلم فيما يلي على كل واحد منها :

حكم الوصية بالمعنى الاول للحكم

فاما حكمها بالمعنى الاول ، وهو الصفة الشرعية ، لها من حيث كونها مطلوبة الفعل ، او الترك وهو الحكم التكليفي فقد اختلف الفقهاء فيه .

فقال ابن حزم : (انها فرض على كل من ترك مالا ، واستدل بالكتاب والسنة . اما الكتاب فقوله تعالى : (من بعد وصية يوصي بها او دين) فاوجب سبحانه الميراث في كل ما علم من ماله ، وما لم يعلم ، واوجب الوصية والدين مقدمين كذلك على الميراث ، فالمفرق بين ذلك مبطل بلا دليل .

واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم : (ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة) وروى الوجوب عن ابن عمر وطلحة والزبير ، وقال : هو قول عبدالله بن ابي اوفى وطلحة بن مصرف ، وطاوس ، والشعبي ، وغيرهم ، وهو قول ابي سليمان وجميع اصحابنا) اه(١) .

---

(١) يراجع المحلى ج ٩ ص٣٢٢ و ٣١٢ .

وقال داود : هي واجبة للوالدين ، والأقربين ، الذين لايرثون ، وحكي ذلك عن مسروق ، وطاوس ، واياس ، وقتادة ، وابن جرير ،واحتجوا بقوله تعالى(١) (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصيــة للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين) .

وبحديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم (ما حق امرىء مسلم) الحديث ، وقالوا نسخ وجوب الوصية للوالدين والاقربين الوارثين ، وبقي فيمن لايرث من الوالدين والاقربين .

وذهب الأئمة الاربعة والامامية والزيديةالى انها ليست فرضا ، على كل من ترك مالا ، ولا للوالدين والاقربين غير الوارثين .

ولانخرج عن دائرة هذه المذاهب . بقولنا انها تعتريها الاحكام الخمسة(٢) من الوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة . فهي :

١ ـ تجب بحقوق الله تعالى التي فرط فيها ، كزكاة ، وحج ، ونحو ذلك ، وبحقوق العباد التي لاتعلم إلا من جهةالموصي ، كدين ووديعة ، لايعلم بها من تثبت بقوله ، لأن الله فرض اداء الامانات ، وطريقه في هــذا الباب الوصية ، فتكون واجبة عليــه .

٢ ـ تندب في القربات لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، او علم ينتفع به ، او ولد صالح يدعوله)اخرجه مسلم وغيره من رواية ابي هريرة رضي الله عنه(٣) كما تندب للمحارم الفقراء واهل الصلاح والتقوى وما الى ذلك .

٣ ـ تحرم بالمعاصي كخمر وبناء كنيسةودار لهو ونحو ذلك .

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .

(٢) تراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٥ ص٤٢٨ .

(٣) جواهر الأخبار والآثار جـ٥ ص٣٠٣ .

٤ ـ تكره لأهل الفسق والمعاصي ، اذا غاب على ظنه صرفها في الفسق والفجور ، واما اذا غاب على ظنه صرفها فيما يستغنون به عن المعاصي فإنها تكون مباحة ، بل تكون مندوبة ، حسب التفاوت في حال الموصى له .

٥ ـ تباح لغني من الاقارب ، او الاجانب .

والافضل في الوصية المندوبة والمباحة ، ان يقدم الموصي من لا يرث من قرابته المحارم ، ثم غير المحارم ، ثم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم بالولاء ، ثم بالجوار ، كالصدقة المنجزة اهـ(١) .

وتعجيل الصدقة في الصحة ، ثم في الحياة افضل ، لما روى ابو هريرة رضي الله عنه قال : قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أي الصدقة خيراً وأفضل ، قال : (ان تتصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى ، وتخشى الفقر ولاتدع حتى اذا بلغت الحلقوم ، قلت لفلان كذا ، وقد كان لفلان كذا) اخرجه البخاري ومسلم والنسائي(٢) .

وهذا كله إذا كان له مال ، والورثة يستغنون عنه ، وليسوا قاصرين ، واما إذا كانوا فقراء ولايستغنون بما يرثون ، فتركها اولى ، قال الشنشورى(٣) : وفي امالي السرخسي رحمه الله تعالى (ان من قل ماله وكثر عياله يستحب له ان لايفوته عليهم بالوصية) .

والظاهر رجحان ماذهب اليه الأئمة الاربعة والزيدية والامامية ، وهو ان الوصية ليست بواجبة ، على كل من ترك مالا ، خلافاً لإبن حزم ، ولا للوالدين ، والأقربين الذين لا يرثون خلافاً لداود ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات ولم يوص ولو كانت فرضاً ماتركها ، وكذلك اكثر اصحابه صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم

---

(٣) شرح الترتيب ج٢ ص٣ .

(٢) جواهر الاخبار والآثار ج٥ ص٣٠٣ و ٣٠٤ .

(٣) شرح الترتيب ج٢ ص٣ .

وصيـــة ، ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لوجد النكير ، من القوم الذين لايخافون في الله لومة لائم ، ولنقل عنهم نقلا ظاهراً .

ولأنها عطية لاتجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت كعطية الاجانب .

ويقال لابن حزم : انالآية (من بعد وصية يوصي بها او دين) لا تدلعلى مدعاك ، لأن فرضية الميراث فيها ، لاتدل على فرضية الوصيـــة قبل وقوعها ، بل غاية ما تدل عليه ، ان الميراث يكون بعد سداد الدين ، وبعد اخراج الوصيـــة اذا وقع الإيصاء بها ، واستوفت اركانها وشرائطها واصبحت لازمة .

وكذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي استدل بـــه كل من ابن حزم وداود على مدعاه فإنه لايدل على الوجوب أيضاً ، لأنه روى فيه (له شيء يريد ان يوصي فيه) فرد الامر الى ارادته .

كما روي ان ابن عمر لم يوص ، وعمل الراوى بخلاف مرويه ، ينزل منزلـــة روايته للناسخ ، او هو يضعف مرويه على الاقل ، او ان هذا الحديث محمول على من عليه واجب ، او من عنده وديعة .

وأما الآية (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية) التي استدل بها داود فإنها منسوخة ، قال ابن عباس رضي الله عنهما : نسخها قولـــه تعالى(١) : (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً) .

وقال ابن عمر رضي الله عنهما : نسختها آيةالمواريث وبه قال عكرمة ومجاهد وهي قوله تعالى(٢) : (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثلحظ الأنثيين)الآيتين.

وبيان ذلك ان الله تعالى فوض اولا في آية البقرة ، الى من حضرته الوفاة ان يوصي للوالدين والاقربين بالمعروف ، دون ان يقيده سبحانـــه بشيء من السهام

(١) الآية ٧ من سورة النساء .

(٢) الآية ١١ و ١٢ من سورة النساء .

والانصباء ثم انزل سبحانه آية المواريث ، وبين فيها السهام والإنصباء ، فدل على ان الذى فوضه اليكم اولا قد تولى سبحانه بيانه بنفسه ، وبذلك انتهى امر الوصية ، بحصول المقصود بأقوى الطرق ، كما لو امر انسان غيره بعمل ، ثم تولاه بنفسه ، فإنه بذلك ينتهي حكم الوكالة اه(١) .

وقالت طائفة ممن يرون نسخ الكتاب بالسنة : انها منسوخة بقوله صلى الله عليه وسلم : (ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)(٢) وهو حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول ، يجوز نسخ الكتاب بمثله عند الحنفية ، او نقول : ان هذا الحديث اشار الى جهة النسخ في الآية .

قال الكاساني(٣) : وقوله كل ذى حق حقه أي كل حقه ، فقد اشار عليه الصلاة والسلام الى ان الميراث اعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية ، وتحول حقه من الوصية الى الميراث ، وإذا تحول فلا يبقى له حق في الوصية ، كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين إذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى) اه والله اعلم .

حكم الوصية بالمعنى الثانى للحكم

وأما حكمها بالمعنى الثاني وهو الصفة الشرعية التي تتصف بها نتيجة لموافقتها للطاب ، او عدم موافقتها له ، وهو الحكم الوضعي ، الذي يكون له اثر في اعتبارها ، او عدم اعتبارها ، فهو انها تكون صحيحة ، وغير صحيحة ، والصحيحة تكون نافذة ، وغير نافذة ، والنافذة تكون لازمة ، وغير لازمة . . . . . فتكون صحيحة تترتب عليها آثارها عند كل مذهب من مذاهب الفقهاء إذا استوفت اركانها وشرائط

(١) من الآلوسي ج٢ ص٤٧ طبعة منير .

(٢) المغنى لابن قدامة ج٦ ص٢ طبعة المنار .

(٣) البدائع ج٧ ص٣٣١ .

صحتها في هذا المذهب وتكون غير صحيحة ، اذا فقدت ركناً او شرطاً ، من شرائط صحتها فيه ، فلا يترتب عليها شيء من الآثار كوصية المجنون والصبي غير المميز .

والوصية الصحيحة تكون نافذة في كل مذهب اذا استوفت شرائط النفاذ التي اشترطها علماء هذا المذهب .

وتكون غير نافذة اذا فقدت شرطاً منها ، كوصية المدين بدين مستغرق مثلا ، فإنها تكون موقوفة على اجازة صاحب الحق المتعلق بها .

والوصية النافذة تكون لازمة اذا مات مصراً عليها .

وتكون غير لازمة كالوصية الإختياريه في حياته فان له الرجوع عنها مادام حياً ولم يمت مصراً عليها ، سواء اكانت للعباد ام بواجب عليه والله اعلم .

حكم الوصية بالمعنى الثالث للحكم[1]

وأما حكمها بالمعنى الثالث للحكم ، وهو الأثر المرتب عليها فهو ثبوت الملك للموصى له ، في الموصى به في الوقت الذى حدده الموصي ، اذا كان قد حدد وقتاً لذلك ، كأن يقول : هذا العقار وصية لفلان بعد موتي بسنة مثلا ، وقبل الموصى له الوصية ، سواء اكان قبوله لها ، عند الموت ، او عند الوقت المحدد لها .

وأما إذا كانت الوصية مطلقة ، ولم يحدد لها الموصي وقتاً فحكمها ثبوت الملك للموصى له ، في الموصى به وقت موت الموصي ، لاوقت الوصية ، لأن الوصية ليست بتمليك للحال ، حتى يقع الملك بها في الحال ، بل هي تمليك عند الموت ، فيقع التمليك بها عند الموت ، إذا استوفت اركانها وشروطها ، وزالت موانعها ...

وقد اتفق الفقهاء على ان الايجاب من الموصي لابد منه ، فى لزوم الوصية ، لأنه ركن فيها بالاتفاق ، واختلفوا في ان دخول الموصى به ، في ملك الموصى له ، هل يتوقف على القبول منه ام لا .

---

(١) يراجع في هذا البحث كتاب الميراث المقارن لمحمد الكشكي ص١٠٦ ومابعدها تحت عنوان حكم الوصية بالمعنى الثاني .

فقال زفر من الحنفية : لايتوقف دخول الموصى به ، في ملك الموصى له ، على القبول منه ، لأنه ليس بركن ، ولا شرط فيها ، سواء اكانت الوصيــة لمعين كمحمد مثلا ، او لغير معين ، كالفقراء وطلبة العلم مثلا ، فيدخل الموصى به في ملك الموصى لــه ، بمجرد موت الموصي ، حيث توفر ركنها ، وهو الايجاب فقط من الموصي ، ولايتوقف على القبول من الموصى له ، حيث انه لاشرط ، ولا ركن .

ووجه قول زفر هذا : ان ملك الموصى له ، بمنزلة ملك الوارث ، لأن كل واحد من الملكين ، ينتقل بالموت ، ثم ملك الوارث لايفتقر الى قبولــه ، وكذلك ملك الموصى له(١) .

وذهب الأئمة الاربعة ، وابو يوسف ومحمد والزيدية والمتأخرون من الامامية الى التفضيل (٢) في ذلك ، لأن الوصية اما ان تكون لما ليس اهلا للملك كالمدارس والمساجد مثلا او لمن هو اهل للملك كمحمد والفقراء مثلا ، وكل وصية من هاتين الوصيتين يختلف حكمها ، عن حكم الاخرى ، في لزوم القبول ، وعدم لزومه ، عندهم ، وسنذكر رأيهم في حكم كل من هاتين الوصيتين فيما يلي على حدة .

حكم الوصية لما ليس اهلا للملك

اذا كانت الوصية لما ليس اهلا للملك وتوفرت اركانها وشروطها وزالت موانعها تلزم بمجرد موت الموصي ، ولا تحتاج الى قبول من احد سواء اكان الموصى له معينا كمسجد الامام الاعظم وكلية الشريعة ، في بغداد مثلا ، او كان غير معين ، كالمساجد والمدارس والمصحات وغير ذلك من جهات الخير والبر .

---

(١) تراجع البدائع ج٧ ص٣٣٢ .

(٢) يراجع عند الحنفية البدائع ج٧ ص٣٣٢ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٥ ص ٤٣٠ وعند الشافعية شرح الترتيب ج٢ ص٤ وعند المالكية الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج٤ ص٤٢٤ وعند الزيدية البحر الزخار ج٥ ص٣٠٥ وعند الامامية رياض المسائل ج٢ ص٥٠ وشرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص٤٥ .

وخالف الشافعية فيما اذا كانت لمعين ، فاشترطوا لتمامها ان يقبل عنه ناظره او من يلي امره .

والراجح الرأي الاول ، لأن الوصية للجهات الخيرية ولو لمعين ، انفاق للمال في سبيل النفع العام ، وهو مرغوب فيه شرعا ، تحسن المبادرة اليه من غير توقف على القبول ، من احد ، فليس هناك مضرة تلحق الموصى له . ولا منة عليه، تندفع بعدم قبوله ، بل تتم الوصية ، وتصرف فيما يعود على الجهة الخيرية بالنفع ، دون ان تملك .

ويمكن أن نقول ان الموصى به يدخل في ملك الجهة الموصى لها بمجرد وفاة الموصي اعتبارياً ، لأن كل جهة من جهات البر تعتبر شخصاً اعتبارياً ، له حقوق ، وعليه واجبات ، وقد جرى العرف على ذلك ، فيقال : هذا ملك الازهر ، وهذا ملك مستشفى قصر العيني ، وهـذا دين على الازهر ، وهذا دين على مستشفى قصر العيني ، وظاهر قانون الاحوال الشخصية العراقي يدل على ذلك فقد قال في الفقرة الثانية من المادة ٦٨ منه (وتصح الوصية للاشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام) .

الوصية للحمل

الوصية للحمل تعتبر كالوصية لما ليس اهلا للملك ، في انها تتم بموت الموصي مصرا عليها ، ولاتتوقف على القبول .

قال الشيخ علي الخفيف(١) بعد الكلام على الوصية للجهات الخيرية ولما ليس اهلا للملك : (وقد الحق الحنفية بهذا النوع ، من الوصايا ، الوصية للحمل، فقالوا : انها تتم بموت الموصي ، دون توقف على قبول من ولي الحمل اذا ماولد حياً ، ذلك لأن الموصي اذا توفي مصرا على وصيته ، ولايزال الموصى له حملا ،

(١) التركة والحقوق المتعلقة بها له ص٩١ .

فقد تمت الوصية ، تماماً لا يلحقه الفسخ من ناحية الموصي ، وقد حل وقت القبول، وهو غير متصور من الموصى له ـ الحمل ـ بل ولا من ولي عليه . لأنه لا ولاية لاحد عليه اثناء حمله ، فكانت الوصية له في هذه الحال ، كالوصية لمن لا يتأتى منه القبول كالمساجد ، واذا تمت لهذه الجهات ، من غير قبول وهي غير اهل لأن تملك، فلأن تتم للحمل ، وهو اهل للملك اولى ، فسقط اعتبار القبول لذلك ، وخاصة اذا لاحظنا ان الوصية تشبه الميراث ، وان الفقهاء يقولون : الوصية اخت الميراث، أي تستقي احكامها منه .

ويري بعض الشافعية والحنابلة ان الوصية للحمل تحتاج الى القبول ، ويكون من الولي عليه بعد الولادة (١) وقد اخذ بهذا الرأي في قانون الوصية اهـ .

حكم الوصية لمن هو اهل للملك

اذا كانت الوصية لمن هو اهل للملك ، فاما ان تكون لغير معين ، او لمعين فان كانت لغير معين ، وقد عبر عنها الموصي ، بما يدل على الحاجة لغة ، كالفقراء او عادة كطلبة العلم فأنها اذا توفرت اركانها وجميع شرائطها ، تلزم بموت الموصي مصراً عليها ، ويدخل الموصى به ، في ملك الموصى له بمجرد الموت، ولا تتوقف على القبول ، من الموصى له ، لأن القبول ليس بركن ، ولا شرط فيها ، في هذه الحالة عند الجميع . لتعذر اشتراطه والحصول عليه ، من الموصى لهم فليس من الممكن جمعهم ، او عرض الوصية عليهم ، حتى يتبين قبولهم أو رفضهم لها ، وليس من بينهم من تعين لها ، ليقبلها فيعتد بقبوله او برفضها فيعتبر رفضه .

وفي هذه الحالة يظهر لي انها اذا لزمت يقدم فيها المحتاج من الموصى لهم ، ولا يشترط التعميم لتعذره لعدم حصرهم . ويترك الامر الى الحاكم اهـ(٢) .

---

(١) يراجع البدائع وكشاف القناع ، ونهاية المحتاج ، وبهذا القول اخذ قانون الوصية راجع المادة ٢٠ .

(٢) اخذ هذا مما قاله المالكية فيما بعده .

واذا كانت الوصية لغير معين ، وقد عبر عنهم الموصي ، بما لايدل على الحاجة كالوصية لأهل القاهرة مثلا ، فانها باطلة عند الحنفية . حيث انها خرجت عن التصدق . الى التمليك ، وهو لايتم الا بالقبول . والقبول لايكون الا من معين محصور(١) .

وقال المالكية بصحتها ، من غير قبول ، ويقدم المحتاج منهم ولا يشترط التعميم ، ولا التسوية بينهم ، ويترك الامر الى الحاكم اه (٢) .

وقد اخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى الجمهورية العربية بهذا الرأي في المادة (٣٠) منه فنص فيها على اختصاص المحتاج منهم بها ، وعندئذ يناط أمر توزيعها لاجتهاد من له تنفيذها، دون ان يتقيد بتعميم او مساواة ...

والمراد بغير المعين ، هو من لايحصى ، وهو على قول محمد ، ما كان مائة فاكثر، وعلى قول أبي يوسف من لايحصى الا بكتاب ، وعلى رأى الشافعية ، ما يشق حصره ، وفوض بعض الفقهاء اعتبار ذلك الى القاضي .

وأما اذا كانت الوصية لمعين وهو من اهل التمليك كمحمد مثلا ، فانه يتوقف دخول الموصى به ، في ملك الموصى له ، على قبوله ، او قبول وليه ، اذا كان غير رشيد ، لأن القبول في هذه الحالة ركن فيها عند الحنفية(٣) وشرط عند غيرهم ممن ذكرنا من الفقهاء ، وعلى كل فلابد من توفره ، سواء أكان ركنا أم شرطا .

والمراد بالمعين ، ما عين باسمه كمحمد مثلا، أو بالاشارة اليه ، كالوصية لهذا العامل ، او بأي طريق من طرق التعيين ، كأن يعين بوصفه ، وكان محصورا عادة كالوصية للفقراء من اسرة فلان ، والمراد بالمحصور على رأي محمد هو ما كان اقل من مائة وعلى رأي ابي يوسف من يحصى بغير كتاب ، وعلى رأي الشافعية ، من

(١) يراجع الزيلعي والبحر الرائق والبدائع .

(٢) التركة والحقوق المتعلقة بها للخفيف ص٩٢ .

(٣) قال في البدائع : ركنها الايجاب من الموصي والقبول من الموصى له ، وان شئت قلت : ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له ، وهو ان يقع البأس من رده ج٧ ص ٣٣١ .

لايشق حصره وفوض بعض الفقهاء ذلك الى القاضي . وقد تقدم بيان المراد بغير العين(١) .

وقت قبول الوصية

ولا يصح من الموصى له ، قبول الوصية ولا ردها ، في حياة الموصي ، لانه لايفيد الموصى له ، اذ للموصي ان يرجع في وصيته ، مادام حيا ، لأن عقد الوصية غير لازم ، وانما القبول يكون بعد موت الموصي ، لأنه اوان ثبوت حكمها ، خلافا للامامية ، فانهم يجوزون القبول في حياة الموصي ، قال في شرائع الاسلام(٢) : (ولو قبل قبل الوفاة جاز ، وبعد الوفاة آكد) .

وسواء أكان القبول ركنا ، أم شرطا ، فالجميع يقولون : لايلزم الفور به بعد الموت .

الا انهم اختلفوا فيما اذا تأخر القبول عن الموت ، هل المعتبر في الملك وتنفيذ الوصية وقت الموت ، أم وقت القبول . أم هما معا .

فقال غير المالكية ممن ذكرنا من الفقهاء : العبرة بوقت الموت ، فاذا تحقق القبول ، ولو متأخرا ثبت الملك للموصى له في الموصى به من وقت موت الموصي .

وذلك لان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت ، لأن الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك وقت الموت ، لكونه مضافا ، الى وقت الموت فصار سببا عند الموت ، فاذا قبل ثبت الملك فيه ، من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت(٣) اه.

وبناء على ذلك فغلات الموصى به ، الحاصلة بعد الموت وقبل القبول ، كما اذا كان الموصى به شجرا فاثمر فانها تكون كلها للموصى له ، سواء أحدثت ، بعد قبول الموصى له ، أم قبل قبوله .

---

(١) في ص١٥٩ .

(٢) جـ١ ص٢٥٨ .

(٣) تراجع البدائع جـ٧ ص٣٨٥ .

أما بعد القبول فظاهر . لأنها حدثت بعد ملك الاصل ، وملك الاصـل موجب ملك الزيادة .

واما قبل القبول ، فلان الملك بعد القبول ، ثبت من وقت الموت،في الاصل كما قلنا ، وملك الإصل موجب ملك الزيادة .

هذا هو رأي غير المالكية وأما المالكية فلهم في ذلك ثلاثة(١) أقوال :

الاول : العـبرة في تنفيذ الوصية وقت الموت ـ الثاني : العـبرة فيه وقت القبول ـ الثالث : العبرة وقت الموت ووقت القبول معا .

فمن اعتبر في تنفيذها وقت الموت فقط، قال : الغلات الحادثة بعد الموت ، وقبل القبول ، كلها للموصى له ، لأن بقبوله تبين انه ملكها من حين الموت ، وهذا القول موافق لقول الأئمة المذكورين غير المالكية ....

ومن اعتبر في تنفيذها وقت القبول فقط ، قال كلها للموصي ، لأنها من جملة ماله ، كالحادثة قبل الموت .

ومن راعى الامرين معا (وقت الموت ووقت القبول) لأن القبول شرط في تنفيذها ، والملك بالموت ، قال : للموصى له ثلثها ، ومراعاة الامرين معا ، هو المشهور واعـدل الاقوال عند سحنون ، فالغـلة قبل القبول وبعد الموت تركة تسرى الوصية لثلثها .

والذي يظهر لي اختياره ، ما ذهب اليه الأئمة الاربعة ومن وافقهم على التفصيل وهو انه لايلزم القبول في صحة الوصية وتنفيذها ، اذا كانت لما ليس أهلا للملك ، معينا أم غير معين ، او كانت لغير معين ممن هو اهل للملك ، ولايتوقف عليه دخول الموصى به في ملك الموصى له ، في هاتين الحالتين ، بل تصح بمجرد الايجاب ، ويلزم تنفيذها بالموت ، وبه يدخل الموصى به في ملك الموصى له ، وانه لابد من القبول في لزومها وتنفيذها اذا كانت لمعين .

---

(١) تراجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص٤٢٤ .

اما عدم لزوم القبول فيما اذا كانت لما ليس اهـلا للملك كجهات الـبر فلاستحالة القبول منه ، وللرغبة في عدم تأخير البر والنفع العام فيما لو اشترط قبول من ينتظر عليه ويلي امره .

واما عدم لزومه فيما اذا كانت لغير معين من اهـل الملك . فلأنه يتعذر من الجميع واعتبـاره من البعض ترجيح بلا مرجح قال في اللمعة الدمشقية وشرحها(١) : (والوصية للجهات العامة ، مثل الفقراء ، والفقهاء ، وبني هاشم ، والمساجد ، والمدارس ، لاتحتـاج الى القبول لتعـذره ، ان اريد من الجميع ، واستلزامه الترجيح من غير مرجح ان اريد به البعض ، ولا يفتقر الى قبول الحاكم ، أو منصوبه ، وان امكن كالوقف وربما قيل فيه بذلك ، ولكن لا قائل به هنا ، ولعل مجال الوصية اوسـع ، ومن ثم لم يشترط فيها التنجيز ، ولا فورية القبول ، ولا صراحة الايجاب ، ولا وقوعه بالعربية ، مع القدرة) اهـ .

واما لزوم القبول فيما اذا كانت الوصية لمعين من اهل الملك كمحمد مثلا فلقوله تعـالى(٢) : (وان ليس للانسان الا ما سعى) فظاهره انه لايكون شيء بدون سعيه ، ولو ثبت الملك للموصى له بدون قبوله ، لثبت له بدون سعيه ،وهذا منفي الا ما خص بدليل اهـ(٣) .

ولأن ما ذهب اليه زفر من ثبوت الملك ، في الموصى به للموصى له ، ولو كان معينا بدون قبوله ،يؤدي الى الاضرار به ، من وجهين كما في البدائع (٤) .

احدها : انه يلحقه ضرر المنة ، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة .

---

(١) جـ٢ ص ٤٥ .

(٢) الآية ٣٩ من سورة النجم .

(٣) تراجع البدائع جـ٧ ص ٣٣٢.

(٤) جـ٧ ص٣٣٢ بنوع من التصرف .

والثاني : ان الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له ، كالعبد الأعمى والزمن ونحوهما، ممن تلزمه نفقته ، من غير ان يكون له منه نفع ، وهو التزام من غير التزامه ، والزام من غير من له ولاية الالزام ، بخلاف ملك الوارث ، لأنه الزام ممن له ولاية الالزام ، وهو الله تعالى ، فلم يتوقف على القبول كسائر الاحكام التي تلزم بالزام الشارع ابتداء اه .

كما يظهر لي اختيار ما ذهب اليه ابو حنيفة وصاحباه ، من ان القبول ركن لا شرط ، كما ذهب اليه غيرهم ، لأن هذا هو الموافق لما ذكر في سائر العقود ، كالبيع اونحوه من الركن هو كل من الايجاب والقبول ، ولا شك ان الوصية عقد كسائر العقود ، فيلزم ان يكون ركنها الايجاب والقبول ، كغيرها من العقود.

وكذلك اختار ما ذهب اليه الحنفية والشافعية والحنابلة ، والزيدية والامامية والقول الأول للمالكية من ان المعتبر في لزوم الوصية وتنفيذها ، هو وقت الموت ، لأنه بالقبول تبين ان الموصى له قد ملك الموصى به ، من وقت الموت ، لأنه انعقد فيه سبب الملك ، وهو الكلام السابق بالوصية ، لكونه مضافاً اليه ، وقد تحقق تمام ركنه ، او شرطه ، مستندا اليه وهو القبول ، ولو كان متأخرا ، قال في اللمعة الدمشقية وشرحها(١) : (والظاهر ان القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له ، بالموت لاناقل له من حينه ، اذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت ، بغير مالك ، اذ الميت لايملك ، لخروجه به ، عن اهليته كالجمادات ،وانتقال ماله عنه ، ولا للوارث، لظاهر قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها او دين) فلو لم ينتقل الى الموصى له ، لزم خلوه عن المالك اذ لايصح لغير من ذكر) .

وهذا قول لبعض المالكية كما تقدم(٢) ، وقداقتصر عليه ابو البركات سيدي

---

(١) جـ٢ ص ٤٥ .

(٢) ص١٤٠ و ١٤١ .

أحمد الدردير في الشرح الكبير(١) ولايعتبر وقت القبول فقط ، ولاوقت الموت والقبول معا ، خلافا لما هو المشهور واعدل الاقوال عند سحنون .

وعلى هذا الرأي المختار يكون اعدل الاقوال(٢) ، فيمن يملك نفس الموصى به في الوقت الذي بعد وفاة الموصى ، وقبل قبول الموصى له ، او رده ، هو القول بأنه يملكه ، من سيؤول اليه في نهاية الامر ، فيكون ملكاً للموصى له من وقت الموت اذا قبل ، ويكون ملكاً للورثة من وقت الموت ايضاً اذا رد الموصى له الوصية ، وتكون نفقاته في هذا الوقت ايضا على من يتبين تملكه له مستقبلا ، لأن من القواعد المقررة ان الملك من اسباب وجوب النفقة ، ويرعاه في الحال قبل التبين، الورثة بخلافتهم عن الموصي ، ولأنهم يتملكونه اذا رد الموصى له الوصية .

كما انه على هذا الرأى المختار تكون غلات الموصى به ، الحادثة بعد الموت وقبل القبول كلها للموصى له ، اذا قبل الوصية ، وقد يعزز هذا ان الموصى له مقدم على الورثة ، فيما يبقى بعد قضاء حوائج الموصي الاصلية ، من تجهيزه ، وسداد ديونه ، او انه شريك لهم ، بحيث لايزيد على الثلث ، فإذا زاد المال ، زاد على الحقين ، واذا نقص نقص عنهما ، كما تقدم(٣) ولأن حقه يتعلق بعين التركة لا بماليتها ، فليس للورثة ان يستخلصوها لأنفسهم ، ويعطوه من غيرها ، الا برضاه ، بخلاف حق الدائنين فإنه يتعلق بمالية التركة ، لابعينها ، ولذا جاز لهم استخلاصها ، واعطاؤهم من غيرها ، جاء في الزيلعي(٤) ، بعد ان ذكر ان حق الدائنين يتعلق بمالية التركة لا بعينها (بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة ، حتى

---

(١) جـ٤ ص٤٢٤ .

(٢) فإن في المسألة ثلاثة اقوال : ١ - يبقى على حكم ملك الموصي . ٢ - يكون بلا مالك ورد الاول بأن الميت ليس اهلا للملك ورد الثاني بأنه لاسائبة في الاسلام .

(٣) في ص ٧٥ .

(٤) جـ٦ ص ٢١٢ و ٢١٤ .

لأيبقى بعد هلاك التركـة ، وليس للوارث ء أن يستخلص التركة ، ويعطيـه من محل آخر ا ه .

وانما يتعلق حق الموصى له بعين التركـة ، ويكون شريكاً للورثة فيها : لا يستخلصونها لانفسهم ، اذا لم تكن الوصية له ، بعين معينة من التركة ، او بمبلغ معين من المال ، بأن كانت الوصية له بجزء شائع ، في عين معينة من التركة كثلث الدار الفلانية مثلا ، او بجزء شائع في التركة كلها ، فإن حقه في هذه الحالة يتعلق بعين التركة ، ويكون هو شريكاً للورثـة في العين المعينة ، اذا كانت الوصية بجزء شائع منها ، او شريكاً في التركـة كلها اذا كانت الوصية بجزء شائع فيها كلها ، وليس للورثة في هذه الحالة استخلاص العين المعينـة ، او التركة كلها واعطاؤه من غيرها .

واما اذا كانت الوصية بعين معينة كالدار الفلانية وخرجت من الثلث فإن حقه يتعلق بهذه العين ، ويختص هو بها ، لايشاركه فيها الورثة ، وتسلم له اولا ، ويقسم بين الورثة ، ماسواها .

وإذا كانت الوصية له بمبلغ معين من المال ، كالف دينار مثلا ، فإن حقـه لايتعلق بعين التركة ، ولايكون شريكاً للورثة فيها ، بل يكون حقه كحق الدائنين ، يتعلق بمالية التركة لا بعينها ويكون له المبلغ المعين اذا خرج من الثلث ، ويكون للورثة في هذه الحالة استخلاص التركة لانفسهم ، واعطاؤه من غيرها .

الوصية بأكثر من الثلث

وأما الوصية بأكثر من الثلث فقد اختلف فيها :

قال ابن حزم(١) : ولاتجوز الوصية بأكثر من الثلث ، كان له وارث ام لم يكن له وارث ، اجاز الورثة ، ام لم يجيزوا لقوله صـلى الله عليه وسلم في حديث

(١) المحلى ج٩ ص ٣١٧ .

سعد : (الثلث والثلث كثير او كبير) . وللخبر بأن رجلا من الأنصار اوصى عند موته بعتق ستة أعبد ، لا مال له غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاقرع بينهم فاعتق اثنين ، وارق اربعة .

وقال المالكية(١) : الوصية للاجنبي(٢) بما زاد على الثلث باطلة ، واذا اجاز الورثة تكون عطية لاتنفيذا لوصية الميت ، فتحتاج الى قبول ثان ، ولهم قول ثان ، وهو انها صحيحة متوقفة على الاجازة ، فلا تحتاج الى قبول ثان .

وقد اتفق الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والامامية(٣) ، فيما اذا كان له وارث ، على ان الوصية للاجنبي بما زاد على الثلث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة بعد الموت ، فان اجازوها جازت ، وان لم يجيزوها بطلت وهو القول الثاني للمالكية .

واما اذا لم يكن له وارث ، فقد قال الشافعية والمالكية(٤) : الوصية بالزائد على الثلث باطلة ، لأن جوازها يتوقف على اجازة الورثة ، والوارث له في هذه الحالة بيت المال ، والحق فيه لكافة المسلمين ، فلا مجيز وهذا ماقطع به الجمهور

---

(١) يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج٦ ص ٤٢٧ .

(٢) المراد بالاجنبي غير الوارث لاغير القريب .

(٣) يراجع عند الحنفية البدائع ج٧ ص٣٧٠ ، وعند الشافعية شرح الترتيب ج٢ ص٥ وعند الحنابلة التنقيح المشبع ص ١٩٤ وعند الزيدية البحر الزخار ج٥ ص٣٠٣ و ٣٠٩ وعند الامامية الشرائع ج١ .

(٤) يراجع شرح الترتيب ج٢ ص٥ الا ان المالكية قالوا : يجوز للانسان اذا لم يكن له وارث معين ، ولا بيت مال منتظم ، ان يتحيل على اخراج ماله ، بعد موته في طاعة الله تعالى ، بأن يشهد في صحته بشيء من حقوق الله تعالى ، كزكاة وحج ، لأنه متى اشهد في صحته وجب اخراجه من رأس المال ولو اتى على جميعه اه . من حاشية الدسوقي ج٤ ص٤٥٨ طبعة صبيح .

من أصحاب الشافعي ، وقال به اهل الحجاز .

وقال الحنفيـــة(١) والحنابلة(٢) ، وحكى وجها عند الشافعي(٣) : انه اذا اوصى بما زاد على الثلث ، ولم يكن له وارث وليس عليه دين تجوز الوصية ، ولو بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين ، ولايحتاج الى اجازة الامام .

وبالموازنة بين هذه المذاهب . نجد ان ابن حزم ابطل الوصية بأكثر من الثلث مطلقاً . وكذلك المالكيـــة في قولهم الأول ، ولكنهم جعلوها ابتداء عطيـــة ، اذا اجازها الورثة .

وان الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية ، قالوا : انها صحيحـــة موقوفة على اجازة الورثة ان كانوا وهو القول الثاني للمالكية .

واما اذا لم يكن له وارث غير بيت المال ، فقد اجاز الحنفية والحنابلةالوصية بجميع المال ، وهو يحكى وجها عند الشافعية ، وابطل المالكية والشافعية الوصيةبأكثر من الثلث(٤) .

والذى يظهر لي اختياره قول الحنفيـــة ، والشافعية والحنابلة ، والزيديـــة ، والامامية ، وهو ان الوصية للاجنبي بأكثر من الثلث صحيحة موقوفـــة على اجازة الورثة ، ان كان له ورثة ، فان لم يجيزوها بطلت في الزائد وان اجازوها جازت اما عدم الجواز عند عدم الاجازة فلقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد : (الثلث والثلث كثير او كبير) واما الجواز عند الاجازة بعد الموت ، فلقوله صلى الله عليه وسلم ، في هذا الحديث ايضاً : (انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم

---

(١) البدائع جـ٧ ص٣٧٠ .

(٢) التنقيح المشبع ص١٩٤ .

(٣) شرح الترتيب جـ٢ ص٥ .

(٤) تقدم بصفحة ١٦٦ بالهامش انالمالكية . يجيزون عند عدم الوارث وعدمانتظام بيت المال التحايل على اخراج كل المال في طاعة الله تعالى .

عالة يتكففون الناس) فقد جعل صلى الله عليه وسلم الحق فيه للورثة ، فاذا رضوا باسقاط حقهم زال المانع ، وجازت الوصية اه(١) .

وقد اخذ قانون الوصيةالعربي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بهذا القول الذياخترناه، وهو ان الوصية بما زاد على الثلث صحيحة موقوفــة على اجازة الورثة في المادة ٣٧ ـ ففيها ـ (وتصح بما زاد على الثلث . ولا تنفذ فيالزيادة الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من اهل التبرع ، عالمين بما يجيزونه) .

كما اخذ قانون الاحوال الشخصيــة العراقي بذلك في المادة ٧٠ منه ونصها : (لاتجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة) .

وكذلك المختار لنا قول الحنفية والحنابلة والمحكى وجها عند الشافعية ، وهو جواز الوصية بجميع المال ، اذا لم يكن له وارث ، وليس عليه دين من غير احتياج الى اجازةالامام ، فقد اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعدايضاً: (انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس) . فإنه صلى الله عليه وسلم جعل العلة في ان لايتجاوز الثلث في الوصية ، ان يغنى الورثة ،فأذا لم يكن هناك وارث(٢) فقد ارتفعت العلة ، فله ان يوصي بما زاد على الثلث والزيادة على الثلث غير مقيدة بمقدار ، فله ان يوصي بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين ، ولأنه مال لا حق لأحد فيه ، فلصاحبه ان يضعه حيث شاء ، واذا كان للامام ان يضعه بعد موته حيث شاء . فكذلك لصاحبه بل من باب اولى .

وبهذا الذي اخترناه من جواز الوصية بكل المال عند عدم الوارث ،والدين، اخذ قانون الوصية العربي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في المادة ٣٧ ـ ففيها ـ (وتنفذ وصية

---

(١) تراجع حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ج٦ ص١٨٢ .

(٢) أى عند عدم الورثة ولو حكماً كمستأمن لأن المنع عنالوصية بالكل لحقالورثة، ولا حق للورثة في دار الحرب اه ابن عابدين ج٧ ص ٤٣١ .

من لادين عليه ، ولا وارث له ، بكل ماله او بعضـــه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة) .

وبهذا الذي قلناه في وجه الاختيار ، حصل الرد على استدلال ابن حزم ،على بطلان الوصية بما زاد على الثلث ، بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد رضي الله عنـــه : (الثلث والثلث كثير او كبير) ويعتقه صلى الله عليه وسلم اثنين من الاعبد الستة الذين اوصى الانصاري بعتقهم عند موته لكونهما ثلث الستة لأن المنع من الوصية بالزيادة على الثلث كان لحق الورثة ، فإذا اجاز الورثة ، فقـــد اسقطوا حقهم برضاهم ، فارتفع المانع .

وبه ايضاً تم الرد على استدلال الشافعية على بطلان الوصية بجميع المال ، فى حالة عدم وجود الوارث ، بأن الوارث له في هذه الحالة بيت المال ، والحق فيـــه للمسلمين ، فلا مجيز . لأن المنع من الزيادة على الثلث لحق الورثـــة كما قلنا ، فإذا لم يكن له ورثة فقد ارتفع المانع بطبعه فلا حق للورثة ، لعدم وجودهم ،فلا يحتاج الى اجازتهم لعدمهم ، ولا الى اجازة غيرهم ، لأن المنع كان لحقهم ، لا لحق غيرهم من المسلمين والله اعلم .

الوصية للوارث

اختلف الفقهاء في الوصية للوارث :

قال ابن حزم(١) والشافعية في غير الاظهر(٢) . والمالكية في المشهور عندهم(٣) لاتجوز الوصية لوارث أصلا سواء اجاز الورثة ، أم لم يجيزوا لقوله صلى الله عليه وسلم : (لاوصية لوارث) وعلل ابن حزم بأن الله سبحانه منع من ذلك فليس للورثة ، ان يجيزوا ماابطله الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم ، واذا اجاز الورثة ، فابتداء عطية من عند انفسهم فهو مالهم .

وقال الامامية(٤) : تصح الوصية للوارث ، وان لم تجز الورثة ، لعموم قوله تعالى : (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين) الآية .

وقال الشافعية في الاظهر عندهم(٥) . وهو ظاهر مذهب الامام احمد(٦) :

---

(١) يراجع المحلى ج٩ ص ٣١٦ .

(٢) والفرق على هذا القول عندهم ، بين الوصية للوارث حيث قطعوا ببطلانها وبين الوصية لغير الوارث بما زاد على الثلث حيث لم يقطعوا ببطلانها ، وهو ان منع الوصية للوارث لحق الله تعالى ، حذرا من تغيير الفروض والانصباء التي قدرها سبحانه ، فلا أثر لرضاهم ، والمنع من الزيادة للاجنبي لحق الورثة ، فيتوقف على رضاهم اه من شرح الترتيب ج٢ ص٤ .

(٣) حاشية الدسوقي ج٤ ص٤٢٧ .

(٤) رياض المسائل ج٢ ص ٥٤ والمختصر النافع ص ١٨٧ .

(٥) شرح الترتيب ج٢ ص٤ .

(٦) المغني لابن قدامة ج٦ ص٦ طبعة المنار المجردة من الشرح الكبير .

وقول غير مشهور للمالكية(١) : الوصية للوارث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة بعد الموت ، ولو كانت فلساً : فان ردوها بطلت ، وان اجازوها صحت ، لحديث البيهقي ، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لاوصية لوارث الا ان يجيز الورثة) فدل قوله صلى الله عليه وسلم : الا ان يجيز الورثة على ان الحق لهم ، فاذا اجازوها رضوا باسقاط حقهم فارتفع المانع .

وقال الحنفية(٢) : الوصية للوارث ولو بالقليل لاتجوز الا بأجازة الورثة بعد موت الموصي ، اما عدم جوازها عند عدم الاجازة ، فلقوله صلى الله عليه وسلم : (ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) ولأن البعض يتأذى بايثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم ، ويعتبر كونه وارثاً وغير وارث وقت الموت ، لاوقت الوصية ، لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت . فيعتبر وقت التمليك ، واما الجواز عند اجازة الورثة بعد الموت فلان المنع كان لحقهم ، وقد اسقطوا حقهم برضاهم ، فيزول المانع ، وفي بعض الروايات عنه صلى الله عليه وسلم انه قال : (لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثه(٣)) .

وبالموازنة بين هذه المذاهب نجد ان ابن حزم والمالكية في المشهور عندهم ، والشافعية في غير الاظهر عندهم ، لايجيزون الوصية للوارث اصلا ، واذا اجازها الورثة تكون ابتداء عطية منهم .

وان الامامية يجوزونها مطلقاً وان لم تجزها الورثة .

وان قول الحنفية موافق للاظهر عند الشافعية والظاهر قول احمد ولغير المشهور عند مالك وهو ان الوصية للوارث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة ، فإن لم يجيزوها بطلت وان اجازوها جازت .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج٤ ص٤٢٧ .

(٢) الزيلعي وحاشية الشلبي عليه ج٦ ص ١٨٢ .

(٣) تراجع البدائع ج٧ ص ٣٣٨ .

وفائدة الخلاف ان الوصية اذا كانت صحيحة فأجازها الورثة تكون تنفيـذاً لوصية الموصي ، واجازة محضة يكفي فيها قول الوارث اجزت ، ولا تحتاج الى هبة وتجديد قبول وقبض ، وليس للمجيز الرجوع ولو قبل القبض ، وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأ تفتقر الى شروط الهبا والقبول والقبض الجديدين ،

والذي يظهر لي اختياره هو قول الحنفية . والاظهر عند الشافعية ، وظاهر مذهب احمد ، وغير المشهور عند المالكية ، وهو انالوصية ، للوارث صحيحة،موقوفة على اجازة الورثة .

اما صحتها فلانالوصية تصرف صدر من اهله في محله ، كما لو اوصى لأجنبي، واما توقفها على اجازتهم فلان المنع لحقهم ، واما جوازها بعـد الإجازة فلانهم اسقطوا حقهم برضاهم فزال المانع .

والخبر الذي احتج به ابن حزم والشافعية في غير الاظهر عندهم ، والمالكية في المشهور عندهم ، قد روى فيه (الا ان يجيز الورثة) والاستثناء من النفي اثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الاجازة ، ولو خلاهذا الحديث من الاستثناء كان معناه لا وصية لازمة ، او نافذة او ماشبه هذا ، او يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة .

والآية التي استدل الامامية بعمومها ، (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين) ، منسوخة بقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) الآية . او بآية المواريث ويرشد الى ذلك حديث (لا وصية لوارث) ان لم يكن ناسخاً لها او ان الوارث مخصوص من عموم الآية عند من يقول بعدم نسخها .

وقد اخذ قانون الوصية العربي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بقول الشيعة الامامية ، فأجاز الوصية للوارث في حدود الثلث من غير توقف على اجازة الورثة ، وذلك في المادة ٣٧ ففيها ـ (تصح الوصيـة بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة) ، وقد خالف القانون بذلك الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء .

تنبيـه :

قد اخترنا : ان كلا من الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث ، والوصية للوارث صحيحة موقوفة على اجازة الورثة ، وليكن معلوماً :

١ ـ انـه يشترط ان يكون المجيز في كل من الوصيتين من اهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلا .

٢ ـ ان تكون الاجازة بعد موت الموصي ، فانه لا معتبر باجازتهم في حال حياته ، لأنها قبل ثبوت حقيقـة الملك لهم ، وان كان ثبت لهم مجرد الحق في ماله من اول مرض الموت ، لأن حقيقة الملك التي هي محل الاجازة ، تثبت لهم بالموت فكان لهم ان يرجعوا بعدالموت عن تلك الاجازةالتي وقعت في حياة الموصي ،لأنها وقعت ساقطة ، لعدم مصادفتها المحل ، بخلاف ما اذا اجازوها بعـد موته ، لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة لهم فتلزم اهـ(١) .

٣ ـ اذا اجاز الورثة الوصية لوارث ، او الزائد على الثلث للاجنبي وصحت الاجازة بعـد الموت ، فالموصى له يتملك الموصى به من قبل الموصي ، لا من قبل الورثة ، لأن الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه ، والاصل فيه النفاذ ، لصدور التصرف من الاهل في المحل ، وانما الامتناع لمانع ، وهو حق الورثة فاذا اجازوا فقد ازالوا المانع ، وينفذ بالسبب السابق ، وهو الايصاء لا بازالة المانع ، لأن ازالتـه شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط اهـ(٢) .

---

(١) ملخصا من الزيلعي جـ ٦ ص ١٨٢ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٣٧٠ .

الوصية للقاتل

اختلف في الوصية للقاتل :

قال الشافعية(١) والامامية(٢) . تصح الوصية للقاتل وصورتها : ان يوصي لرجل فيقتله .

وقال المالكية(٣) : تصح للقاتل اذا علم الموصي بأن هذا القاتل هو الذي ضربه واما اذا لم يعلم انه هو الذي ضربه فتأويلان ، في صحة الوصية وعدم صحتها ، والظاهر الثاني .

وقال ابو يوسف(٤) لا تجوز الوصية للقاتل ، سواء اجاز الورثة ام لم يجيزوا لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا وصية لقاتل) .

وقال ابو حنيفة ومحمد(٥) : الوصية للقاتل موقوفة على اجازة الورثة فان اجازوها جازت ، وان لم يجيزوها بطلت ، لأن امتناع الجواز لحقهم ، لأنهم ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل ، وحق الانسان ماينتفع به ، فاذا اجازوها فقد رضوا باسقاط حقهم فزال المانع فجازت الوصية .

والذي يظهر لي اختياره قول المالكية . وهو صحة الوصية اذا علم الموصي ان

---

(١) شرح الترتيب ج ٢ ص ٣ .

(٢) الشرائع ج١ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج٤ ص٤٢٦ .

(٤) تراجع البدائع ج٧ ص ٣٤٠ .

(٥) البدائع ج ٧ ص ٣٤٠ .

هذا القاتل هو الذي ضربه وعدم صحتها في الظاهر عندهم اذا لم يعلم بأنه هو الذي ضربه ، فانه ، قول فيه عمق وفقاهة .

اما صحتها اذا علم بأنه هو الذي ضربه فلأن مشروعية الوصية لتدارك مافاته تكثيرا للثواب في الآخرة ، بزيادة الاعمال ، والذى يظهر من حال الموصي حيث اوصى له بعد العلم بأنه هو الذي ضربه ، انه يريد التجاوز عن حقه ، بأجلى معاني التجاوز ، وهو الاحسان الى من اساء اليه ، اكثارا من الحسنات ، وتحصيلا للثواب في الآخرة ، ولأن الاصل في الوصية ان تكون باختيار الموصي وارادته وقد اطلق الله يده في ثلث امواله ، زيادة له في اعماله ، فيجب احترام ارادته والحكم بصحة وصيته .

وأما عدم صحتها في الظاهر عند عدم العلم بأن هذا القاتل هو الذي ضربه ، فلانه لو علم لم يوص له غالباً ، لان الشأن ان الانسان لايحسن الى من اساء اليه .

وأما جوازها مطلقاً بلا تفصيل ، كما يقول الشافعية والامامية . فانه يتنافى مع ماعسى ان يكون قد قصده القاتل من استعجال وفاة الموصي ليحصل على الموصى به بالاجرام وجناية القتل ، لأنه بذلك يستحق الحرمان ، لا الاكرام .

وأما الحديث الذي استدل به ابو يوسف (لاوصية لقاتل) فقد ضعفه الدارقطني والبيهقي وغيرهما(١)

وليس المنع من الوصية لحق الورثة كما يقول ابو حنيفة ومحمد لأن المانع هو القتل وهو لا اثر له مع تجاوز الموصي وارادته الاحسان لمن اساء اليه ، لتزداد حسناته ، ويكثر ثوابه ، وهو في حاجة الى ذلك في آخرته ، ولأن حق الورثة لم يتعلق بكل التركة ، بل بثلثيها ، والوصية من الثلث الذي اطلق الله يدالموصي فيه ، صدقة منه تعالى ليضعه حيث شاء ، او حيث احب والله اعلم .

---

(١) براجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٢ وما بعدها .

وكما اختلف الفقهاء في القتل الموجب للحرمان من الميراث فقد اختلفوا في القتل الموجب للحرمان من الوصية ايضاً .

وقد سبق لنا(١) ان اخترنا قول المالكية ومن وافقهم ، وهو ان القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان ، سـواء اكان مباشرة ام تسبباً ، وهو الذي نختاره الآن ان يكون مانعاً من الوصية ، كما منع من الميراث .

وقد اخذ قانون الوصية العربي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بذلك في المادة السابعة عشرة منها ونصها : (يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية او الوصية الواجبـة قتل الموصي ، اوالمورث عمداً ، سواء اكان فاعلا اصلياً ، ام شريكاً ، ام كان شاهد زور ادت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه ، وذلك اذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشرة سنة ، ويعد من الاعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي) ، وقد اخذ بذلك قانون الاحوال الشخصيـة العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل فاشترط ان لايكون الموصى له قاتلا للموصي وذلك في المادة ٦٨ منه .

---

(١) بصفحة ٤٩ من كتابنا الميراث المقارن .

الوصية لغير المسلم

لاخلاف في صحة الوصية من المسلم للمسلم ، سواء اكان قريباً ام اجنبياً ، ولو اختلفت الديار والجنسيات ، لأن الوصية للصلـة ، وصلة الاسلام اقوى الصلات واعزها ، لاتؤثر عليها الفواصل الوهمية ، مما ابتدع من اختلاف الديار والجنسيات.

كما لاخلاف في صحة وصية المسلم للذمي ، وهو غير المسلم من اليهود والنصارى وعبدة الاوثان من غير العرب(١) ، الذى اقام بين المسلمين راضياً بحكمهم يدفع الجزية لهم ، ويصافي من يصافيهم ، ويعادي من يعاديهم ، فانه وان كانت الوصية صلة ، فهو من اهل الصلة ، لأن له مالنا وعليه ما علينا .

وقد حكى الاجماع على جوازها ، صاحب البحر الزخار فقال(٢) : (وتصح الوصية لأهل الذمة اجماعاً ، لقوله تعالى(٣) : (لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلونكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) ولايصاء صفية رضي الله عنها لأخيها وكان يهودياً ، ولم ينكره الصحابة رضي الله عنهم وهم الذين لايخشون في الله لومة لائم .

قال في جواهر الاخبار المستخرجة من البحر الزخار : قال في الشفاء : وروي (ان صفية اوصت لأخيها وهو يهودي بثلاثين الفا فاجازها المسلمون)اه. وهذا الرأي هو الاشبه عند الامامية قال في شرائع الاسلام(٤) (وتصح الوصيـة

---

(١) اما عبدة الاوثان من العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف .

(٢) جـ ٥ ص ٢٠٩ .

(٣) الآية ٨ من سورة الممتحنة .

(٤) جـ ١ ص ٢٦٢ .

للذمي ولو اجنبياً ، وقيل لا يجوز مطلقاً ، ومنهم من خص الجواز بذوي الارحام، والاول اشبه) .

واما الحربي وهو من لم يكن له ذمة ولاعهد ، فان دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لتجارة ، او غيرها ويسمى مستأمناً فقد اختلف في صحة وصية المسلم له(١) .

فقال المالكية والشافعية والحنابلةورأى ظاهرو في مذهب الحنفية ، بجوازها، لأنه كالذمي ، يصح ان يملكه المال في حاله حياته فكذا تمليكه بعد وفاته .

وروايةعن ابى حنيفة وابى يوسف لاتصح ، لأنه على وشك الرجوع الى دار الحرب ، حيث لايمكن من الاقامة الدائمة عندنا بخلاف الذمي .

وان لم يدخل دار الاسلام بأمان ، وكان في دار الحرب ، وهي المعادية لدار الاسلام ، وليس بينهما تعاون ولا تناصر ، والعصمة منقطعة بينهما ، فقد اختلف فيها أيضاً .

فصححها المالكية والشافعية والحنابلة ، بشرط ان لاتكون بنحو سلاح أو بالعبد المسلم ، أو بما يلحق الاسلام ضرر به ، لأن الوصية كالهبة وهي تصح منه له فكذلك الوصية .

ومنعها الحنفية لقوله تعالى(٢) : (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون) .

والظاهر يقتضي ترجيح رأي الحنفية بأنها لاتصح لا للحربي ولا للمستأمن لأن الحربي لاعهد له ولا ذمة وليس في دارنا ولو مؤقتا بل هو في دار لا علاقة لها بدار الاسلام وليس بينهما تعاون ولا تناصر بل بينهما العداوة والبغضاء ولأن

---

(١) يراجع الوقف والوصية للشيخ محمد مصطفى شلبي ص ٢٦٢ .

(٢) الاية ٩ من سورة الممتحنة .

المستأمن وان كان في دارنا الا ان اقامته مؤقتة لا يلبث أن يعود الى دار العداوة والبغضاء فهو أقرب صلة بأهل داره ويكون قوة لهم علينا ولا شك ان المال من أقوى أسباب القوة والمنعة ويلحق المسلمين ضرر به اذا كان في أيدي الاعداء فلا يصح قياسه على الذمي الذي التزم الاقامة الدائمة بيننا ورضى بحكمنا يصافي المسلمين، ويعادي من يعاديهم ، ويدفع الجزية للمسلمين ، وهي عون لهم .

تنفيذ الوصـــية ومم تنفذ

اذا صحت الوصية ، بأن استوفت اركانها وشرائطها وزالت الموانع لزمت بموت الموصي وتنفذ من ثلث ما يتركه الميت عند الوفاة ، لا ما يكون له عنـد الوصية ، قال في بدائع الصنايع (١) (ان قدر ما يستحقه الموصى له من مال ، هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية ، حتى لو اوصى بثلث ماله ، وماله يوم اوصى ، ثلاثة آلاف ، ويوم مات ثلاثمائة ، لا يستحق الموصى له ، الا مائة ، ولو لم يكن له مال ، يوم اوصى ، ثم اكتسب مالا ثم مات ، فله ثلث المال يوم مات ، ولو كان له مال يوم اوصى ، ، فمات وليس له مال بطلت وصيته ، وانما كان كذلك ، لما ذكرنا ، ان الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت ، فيستحق الموصى له ، ما كان على ملك الموصي عند موته ، ويصير المضاف الى الموت ، كالمنجز عنده ، كأنه قال : عند الموت لفلان ثلث مالي ، فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله) اهـ .

وقال في شرائع الاسلام (٢) : (ويعتبر الثلث وقت الوفاة ، لا وقت الوصاية ، فلو أوصى بشيء وكان موسـرا في حال الوصية ، ثم افتقر عنـد الوفاة ، لم يكن بيساره اعتبار وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ، ثم أيسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره) اهـ .

واذا لزمت الوصية ، يثبت ملك الموصى له ، في الموصى به ، من وقت الموت ولو تأخر القبول عنه ، وله أن يتصرف فيه ، بالانتفاع بعينه ، والتمليك من غيره ، بيعا وهبة ، ووصية ، ويملك غلاته الحادثه بعـد الموت ، ولو كانت حادثة قبل القبول ،

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٣ .

(٢) جـ ١ ص ٢٥٩ .

كما هو المختار فيما تقدم(١) لأن ملك الأصل (الموصى به) بسبب مطلق ، فيظهر في الاحكام كلها ، فان ملك الاصل موجب ملك الزيادة :

وتنفيذ الوصايا من ثلث المال الذي يكون عند الموت ، انما يكون من ثلث الباقي بعد التجهيز ، وسداد الدين ، لا من ثلث جميع المال ، قال السيد(٢) : (لأن ما تقدم من التكفين ، وقضاء الدين قد صار مصروفا في ضروراته ، التي لا بد من الصرف اليها في حالتي الحياة والممات ، سواء أوصى ، أو لم يوص ، فالباقي هو ماله الذي كان له ان يتصرف في ثلثه بالوصية ، وأيضا ربما استغرق ثلث الاصل جميع الباقي ، فيؤدي الى حرمان الورثة ، أو الى ان يكون حق الموصى له أكثر من حق الورثة ، في بعض المواضع ، واذا كانت الوصية تنفذ من ثلث الباقي بعد التجهيز والدين ، ولا تنفذ من ثلث جميع المال ، فمن باب أولى لا تنفذ من جميع المال .

---

(١) في ص١٤١ .

(٢) في شرح السراجية وتراجع حاشية الفناري عليه ص٣٨ .

تزاحم الوصايا

نتكلم هنا على تزاحم الوصايا بالاجمال توفية لبحث الوصية باعتبارها من الحقوق المتعلقة بالتركة .

الوصايا لا تتزاحم الا اذا كثرت ولم يف المال بتنفيذها . سواء أكان هـذا المال الذي يخصص لتنفيذها الثلث ، أو الاكثر منه واجازت الورثة ،

والوصايا أما أن تكون بينها وصية واجبة بمقتضى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في الجمهورية العربية المتحدة ، أولا يكون من بينها وصية واجبة بمقتضى هذا القانون ، فان كانت من بين الوصايا وصية واجبة بمقتضى القانون فان وسـع الثلث جميع الوصايا نفـذت كلها ولا تزاحم ، والا نفذت الوصية الواجبة بحكم القانون ، ففى المـادة (٧٨) الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا فان لم يبق شيء من الثلث بطلت هذه الوصايا الا اذا أجازها الورثة من أكثر من الثلث .

وان لم تكن بينها وصية واجبة او بقي لها شيء من الثلث بعد الوصية الواجبة أو اجاز الورثة اخراجها من أكثر من الثلث فان وسعها المـال المخصص لتنفيذ الوصايا نفذت كلها ولا تزاحم . وان لم يسعها تزاحمت ، وفي حالة هـذا التزاحم أما أن تكون الوصايا كلها للعباد ، كأن يوصي لمحمد بربـع تركته ، ولمحمود بثلثها مثلا أو تكون كلها لله تعالى ، كأن يوصي بزكاة وحج وصدقة فطر وبناء مسجد ، أو يكون بعضها للعباد وبعضها لله تعالى .

فاذا كانت كلها للعباد قسم المال بينهم بالمحاصة على نسبة سهام وصاياهم ، الا أنه اذا كان لاحدهم وصية بعين ، فانه يأخذ سهمه من تلك العين ، لامن غيرها .

وان كانت كل الوصايا لله تعالى . فأما أن تكون كلها من نوع واحـد بأن كانت كلها بالفرائض ، كالزكاة والحج أو كانت كلها بالواجبات ، كصـدقة

الفطر والاضحية والنــذر أو كانت كلها تطوعا كحج التطوع ، وبنــاء المسجد والمستشفى والصرف على الفقراء ، وأما أن تكون من أنواع مختلفة بأن كان بعضها بالفرائض وبعضها بالواجبات ، وبعضها بالتطوع .

فان كانت كلها من نوع واحــد كالفرائض مثلا ، قسم المال المخصص لتنفيذها بينها بالمحاصة على نسبة سهامها اذا كانت سهامها معلومة مختلفة ، كالربع والثلث مثلا ، وان لم تذكر سهامها يقسم المال بينها بالتساوي ، وقيل تقدم الزكاة على غيرها لتعلق حق العبد بها مع حق الله تعالى ، والباقي بعد الزكاة يتبع فيه المقاسمة بالمحاصة على نسبة سهامها اذا علمت سهامها ، أو بالتساوي ان لم تعلم السهام ، وقيل اذا كانت كلها نوافل يقدم ما قدمه الموصي .

واذا كانت الوصايا من أنواع مختلفة قدمت الفرائض . ثم الواجبات ثم ما كان بالتطوع ، فاذا استنفدت الفرائض المال كله بطلت الوصايا الاخرى وان بقي شيء صرف لما بعد الفرائض وهكذا في كل نوع مع ما بعده .

وكل نوع يقسم ما يخصه بينه بالطريقة السالفة فيما اذا كانت كل الوصايا من نوع واحد .

الحق الرابع من الحقوق المتعلقة بالتركة الميراث

اخترنا فيما تقــدم(١) ان الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة : أولهــا التجهيز ، وثانيها الدين . وثالثها الوصية . ورابعها الميراث(٢) . وقــد بينا حكمة ترتيبها على هــذا النحو(٣) وتكلمنا على كل من التجهيز(٤) . والدين(٥) . والوصية(٦) ، وسنتكلم هنا على الميراث فنقول :

---

(١) في ص٨٢

(٢) في ص٩١

(٣) في ص٩٢ وما بعدها .

(٤) في ص٩٣ وما بعدها .

(٥) في ص١٠٣ وما بعدها .

(٦) في ص١٠٤ وما بعدها

معنى الميراث

لفظ ميراث أصــله موراث . قلبت الواو ياء لسكونها وكسر ما قبلها . ويراد منه تارة المفعول ، وتارة العلم المخصوص ، وتارة المصدر .

فاذا اطلق بمعنى المفعول . أي الموروث ، فانه يرادف التراث ، وهو في اللغة الاصل والبقية ، ومنه خبر مسلم (اثبتوا على مشاعركم ، فانكم على أرث أبيكم ابراهيم) أي أصل وبقية منه .

وشرعا هو التركة وقد تكلمنا عليها بالتفصيل فيما تقدم(١) .

واذا اطلق واريد منه العــلم المخصوص ، فانه يكون لقبا وعلمنا على عــلم الفرائض وهو فقه المواريث ، وعلم الحساب الموصل لمعرفة ما يخص كل ذى حق من التركة .

واذا اطلق واريد منه المصدر ، وهو الارث كما هو المراد هنــا ، فمعناه لغة البقاء وانتقال الشيء من قوم ، الى قوم آخرين . فالوارث هو الباقي . ومن أسمائه تعالى الوارث ، أي الباقي بعد فناء خلقه .

ومعناه شرعاً هو استحقاق الوارث نصيبه من تركة الميت . او هو خلافة(٢) المنتمي الى الميت الحقيقي ، او الحكمي(٣) بنسب ، او بسبب حقيقة او حكماً(٤) ،

---

(١) في ص٥٧ وما بعدها .

(٢) الخلافة هي جعل الباقي كأنه الماضي اه من حاشية الفناري على شرح السيد علي السراجية ص ٤٠ .

(٣) كالمفقود بعد مضي المدة .

(٤) وانما قيدنا النسب والسبب بقولنا حكماً ، ولم نكتف بقولنا حقيقــة ليتناول النسب والنكاح والولاء الثابتة باقراره ، او بالبينة اه من حاشية الفناري ص٤٠ .

(٥) حاشية الفناري ص٤٠ .

في ماله ، وحقه القابل للخلافة(١) ، فهو من الاسباب الناقلة للملكية بطريق الخلافة(٢) وهو خلافة اجبارية ، فان خلافة الوارث ، عن المورث تثبت بحكم الشرع ، جبرا عنهما لاتتوقف على ايجاب من المورث ، ولا على قبول من الوارث ، بل هما ملزمان بأن ينفذا هذا النظام الميراثي ، الذي تولاه الله بنفسه .

---

(١) حاشية الفناري ص ٤٠ .

(٢) قد بينا بالهامش في ص ١٠٥ اسباب الملكية . بالتفصيل فليرجع الى هذا البيان .

لمحة تاريخية مختصرة

وأسباب الميراث ، في الاسلام ثلاثة . القرابة . والزوجية . وولاء العتاقةعند الجمهور .

وذلك النظام مخالف لما كان عايه العرب ، فقد استمروا في جاهليتهم قبل الاسلام . لايورثون الاطفال والنساء ، ممن تربطهم بهم رابطة البنوة والقرابة او الزوجية ويورثون من لاتربطهم بهم ، هذه الرابطة القويـــة بل هو دخيل عليهم بالمحالفة ، او التبني .

وبعد ان بعث سيدنا محمد صلى الله عايه وسلم استمر المسلمون على ذلك مدة من الزمن ، حتى تستعد نفوسهم لقبول التشريع الجديد .

وقد اراد النبي صلى الله عليه وسلم ان يجعل من المسامين . امة قوية متحدة ، وان يخلق لهم من خوفهم امنا ، ومن ضعفهم قوة وعزا ، فجعل من اسباب الميراث في صدر الاسلام الهجرة من مكة الى المدينة ، والمؤآخاة بين المهاجرين والانصار. حين كان المسامون بمكة في ضعف وقلة . وواجب عليهم الهجرة الى المدينـــة . فآوى الانصار المهاجرين . وآثروهم على انفسهم وآخى الرسول بينهم . فكان اذا مات المهاجر بالمدينة . وليس له قريب مهاجر يرثه الانصاري الذي آخى النبي بينه وبينـــه . لما بينهما من الايواء والنصرة ، ولا يرثه قريبه الذي لم يهاجر . ولو كان مؤمناً . كما قال تعالى :(١) (ان الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في ســـبيل الله والذين آوو ونصروا اولئك بعضهم اولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) روي عن ابن عباس والحسن

---

(١) الآيه ٧٢ من سورة الانفال .

ومجاهد وقتادة ان الولاية في الآية هي الوراثة .

ولما استقرت عقائد الاسلام في نفوسهم ، واشربت حبه قلوبهم ، وسهل عليهم العمل بتعاليمه ، ابطل ما كانوا عليه ، من نظام توريثهم ، كما ابطل التوارث بالهجرة والمؤآخاة .

واذ ابطل الاسلام هذا النظام ، لما فيه من الداء ، وصف لهم الدواء الشافي فجاءهم بأبدع نظام ، واحكم تشريع ، في التركات والمواريث .

جاءهم به على سبيل التدرج . حتى لايثقل على نفوسهم الانتقال طفرة من نظام الفوه . الى نظام لم يألفوه . جاءهم به مجملا ، ثم اعقبه بالبيان والتفصيل ، كما هو شأن الحكيم العليم بادواء النفوس وعلاجها .

فقد جعل سبحانه امر الميراث اولا مفوضاً الى من حضرته اسباب الوفاة ، يوصي للوالدين والاقربين ، بما يشاء من غير ان يبين سبحانه ، مراتب الاستحقاق. ولا مقادير الانصباء ، فقال تعالى(١) : (كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين) ومنعاً من تبديل الوصية ومن جنف الموصي ، حذر سبحانه الاولياء ، واوصاهم بالاصلاح فقال تعالى(٢) : (فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم ، فمن خاف من موص جنفا او اثما فاصلح بينهم فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم) .

كما اجمله سبحانه بعد ذلك في قوله تعالى(٣) : (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً) .

وبعد هذا الاجمال فصله سبحانه ، تفصيلا وافياً ، وبينه بياناً شافياً في دستور

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٨١ و ١٨٢ من سورة البقرة .

(٣) الآية ٧ من سورة النساء .

الميراث الواضح المحكم في قوله تعالى في سورة النساء(١) .

(يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الى قولــه تعالى (والله عليم حليم) وفي قوله تعالى فيها(٢) (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالــة) الى آخر السورة .

فقد بينت هذه الآيات . من الانصباء والسهام ، مالم يسبقها به قانون وضعي ولا شريعة سماوية ، مما يدل على بديع النظام ، وتمام العدالة .

والارث يتعلق بثلثي التركة ، واما الثلث الباقي فقد تصدق الله به على المالك يتصرف فيه بالوصية ، يضعه حيث يشاء ، او حيث احب ، تلافياً لما عساه ان يكون قد فرط فيه من اعمال الخير والبر .

وقت تعلق الارث بالتركة

لايلزم من كون الارث رابع الحقوق المتعلقة بالتركـــة ؛ ولا من تأخير الكلام عليه ، ان يكون تعلقه بالتركة بعد تعلق الحقوق الثلاثة المذكورة قبله ، بل يكون تعلقـــه مع تعلق بعضها كالدين ، وقد يسبق بعضها كالوصية ، وانما الذي يتأخر عن هذه الحقوق الثلاثة مطلقاً ، هو قسمة التركة بين الورثة ، لأن هذه القسمة ، لاتكون عند جمهور الحنفية ، الا بعد التجهيز وسداد الدين وانفاذ الوصية .

والذي فهمته من كلام المتقدمين من الحنفية ، والمتأخرين منهم ، ان الارث له بالتركة تعلقان :

الاول : يكون من اول مرض الموت .

والثاني : يكون في آخر جزء من اجزاء الحياة ، او بعد هـــذا الجزء ، بأن يكون مع الموت او بعده ، لأنهم تكلموا على تعلقـــه ، في مرض الموت ، وعلى تعلقه ، في آخر جزء من اجزاء الحياة ، او مع الموت او بعده .

---

(١) الآيتان ١١ و ١٢ .

(٢) الآية ١٧٦ .

فأما تعلقه الأول ، وهو الذي يكون من أول مرض الموت فقد اختلف فيه ، هل هو تعلق بمالية التركة ، أم بذاتها ؟

فقال الصاحبان : أنه متعلق بالمالية . أي بقيمة التركة ، التي يقومها بها المقومون وأهل الخبرة . ولا يتعلق بعين التركة ، فيصبح بيع المريض بمثل القيمة للاجنبي وللوارث ، لأنه ليس في تصرفه ابطال حق الورثة عن شيء مما يتعلق به حقهم ، وهو المالية فكان الوارث والاجنبي فيه سواء .

وقال أبو حنيفة : أنه يتعلق تارة بالمالية ، وتارة بعين التركة ، فاذا كان تصرف المريض مع غير وارث ، كان تعلق حقهم بالمالية ، ولذا جاز له ان يبيع للاجنبي بمثل القيمة ، لا بأقل ، واذا كان تصرفه مع وارث ، كان حقهم متعلقا بعين التركة ، فلا يؤثر أحداً بشيء منها(١) ولو بالبيع له بمثل القيمة ، لأن الايثار كما يكون بالعطاء بغير عوض ، يكون بما يختار له من الاعيان ، ولو كان بمثل القيمة .

وبالموازنة بين قول الصاحبين ، وقول الامام ، يتبين رجحان قول الامام عملا بقاعدة المذهب الحنفي ، وهي أنه اذا لم يذكر الترجيح ، فالراجح قول الامام ، ولأن تفصيل الامام أنسب ، لأنه اذا كان تصرف المريض مع غير وارث ، فالعبرة فيه بحفظ حق الورثة في المالية . ولا ضرر عليهم في عدم تعلق حقهم بعين التركة ، لأن تصرفه بالبيع للاجنبي بمثل القيمة مثلا ، لا يمس حق الورثة ، لأن حقهم في سلامة المالية ، وذلك يتحقق بالبيع بمثل القيمة ، لا بأقل ، وأما اذا كان تصرفه مع وارث فان حق الورثة أظهر في التعلق بعين التركة ، لأن هذا التعلق يمنع

---

(١) يراجع كشف الاسرار لعبدالعزيز البخاري على أصول فخر الاسلام على البزدوى جـ٤ ص١٤٢٩ وقد اكتفى في السراجيه بقون الصاحبين ولم يذكر خلاف الامام .

من ايثار بعضهم ، ذلك الايثار الذي يؤدي الى الحقد والحسد ويثير في نفوسهم الضغينة والبغضاء ، وقد نهى الله عن ذلك .

وقد أجاز قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في الجمهورية العربية المتحدة الوصية للوارث كالاجنبي فسوى بينهما ، وأجاز محاباة الوارث ، وايثاره بشيء من عين التركة ، فقد أجاز أن يوصي بتقسيم التركة ، وتخصيص نصيب لكل فرد ، وذلك في المادة (١٣) منه وهذا نصها : (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وارث ، أو لبعض الورثة نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصي . فان زادت قيمة ما عين لاحدهم على استحقاقه في التركة ، كانت الزيادة وصية) .

نوع خلافة الوارث

وكما اختلف الحنفية في كون حق الورثة . في مرض الموت متعلقا بمالية التركة ، أم بعينها ، اختلفوا في نوع هذا الحق ، هل هو حق ملكية ، أم هو مجرد الحق في الخلافة .

فقال المتقدمون منهم : هو حق ملكية ، ويستدل لهم بقوله صلى الله عليه وسلم : (ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم) فانه يدل على ان الملكية قد زالت عن المورث في الثلثين الى وارثه ، ولم تبق له الا في الثلث الذي تصدق الله به عليه . وبدلالة الاجماع على ان تصرفه في مرض الموت لا ينفذ الا من الثلث ، ولو كان ملكه في الثلثين باقيا لنفذ تبرعه بالاكثر من الثلث ، ولكن هذه الملكية لاتظهر الا بعد الموت ، فعدم نفاذ تبرعه بالزيادة على الثلث دليل على زوال الملكية ، ولا تزول ملكيته الا الى مالك ، وهم الورثة ، لأنهم خلفاؤه(١) قال الزيلعي : (لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ، ويصير مغرورا

---

(١) يراجع البدائع ج٣ ص٢١٨-٢١٩ .

بشراء الموروث)(1) اهـ .

وقال المتأخرون منهم : ان حق الورثة في مرض المـوت هو مجرد حق في الخلافة ، صيانة لثلثي التركة لهم ، وهـذا الحق يمنع المريض من التصرف فيه بعد الموت ولا تنفذ وصيته بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة ، والدليل على انه مجرد حق هو الاجماع على أن تبرعه في مرض الموت ، لا ينقض في حياته ، ولكن ينقض بعد موته ، ولو كان لهم ملكية قبل الموت لكان لهـم نقضه . ولأنه لو كان حق ملكية لمنع من الميراث من كان غير وارث وقت مرض الموت بمانع كالكفر مثلا ثم أسلم قبل الموت مباشرة . مع أنه يرث بالاتفاق ، فلو كانت الملكية ثابتة للورثة من أول مرض الموت لما ورث ، لأن باقي الورثة قد ملكوا الميراث ، وزالت ملكيته عن المورث الاصلي .

وبالموازنة بين ما ذهب اليه المتقدمون من الحنفية ، وما ذهب اليه المتأخرون منهم يظهر لنـا وجاهة قول المتأخرين ، وهو أن حق الورثة في مرض الموت ، ليس حق ملكية ، وانما هو مجرد حق في الخلافة .

وذلك لقوة حجتهم ، ولأنه لم يعهد في الشرع ، ان يكون الشيء الواحـد ملكا لشخصين في وقت واحد ، ملكا خالصا لكل منهما ، ولأن ثبوت مجرد الحق في الخلافة ثابت ضرورة لحفظ حق الوارث في الثلثين . وفي جواز ان ينقض بعد موت المورث تصرفاته في مرض موته ، وما كان للضرورة يقـدر بقـدرها ، لا يعدوها ، فلا يكون ملكا ، لأن مجرد الحق في الخـلافة ، كان لحفظ حقـه في

---

(1) من الزيلعي جـ٦ ص٢١٠ وبهامشه قال الشلبي : (يعني لو اشترى رجل جارية . ثم مات واستولدها وارثه ثم استحقت الجارية فانه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حرا ولو لم يكن خليفة الميت لمـا ثبت له ولاية الرجوع على بائع الميت) .

الثلثين ، وفي نقضه لتصرفات المورث بعد موته .

وما احتج به المتقدمون من الحديث ، وعدم نفـاذ تبرعه ، وكون الوارث خليفة الميت ، لايدل على الملكية ، لأن عدم تصرفه في الثلثين ، وعدم نفاذ تبرعه ، لتعلق هذا الحق به ولأن ثبوت خلافته عن الميت بالرد بالعيب ، والرد به عليه ، كان لهذه الخلافة بعد ان توجت بالملك بالوفاة ، فلو كانت له ملكية ، لكانت له ولاية معه ، حال حياته ، ولم يقل أحد به ، وما ذلك الا لانه لا ملك له مع وجوده بل هو مجرد حق في الخلافة .

وأما التعلق الثاني للارث بالتركة ، وهو ما يكون في آخر جزء من أجزاء الحياة أو بعد هذا الجزء ، فهو حق ملكية ، ولكن اختلف في تعيين وقت هـذا التعلق بالتركة .

فقال الشافعية : الارث يتعلق بالتركة وقت الموت ، لا قبـله ، ولا بعده ، بل هو مقارن للوفاة، لأن الوارث خليفة الميت ، فيقترن ملك الخليفة بزوال ملك من يخلفه ، حتى لا يبقى الشيء المملوك بلا مالك .

واختلف الحنفية في وقت هذا التعلق هل هو في آخر جزء من أجزاء الحياة أو بعد هذا الجزء ، بأن يكون مع الموت ، أو بعده .

فقال محمد ، وزفر ومشايخ العراق ، هو في آخر جزء من أجزاء الحياة ،لان الارث يجري بين الزوج والزوجة ، والزوجية ترتفع بالموت ، أو تنتهي على حسب ما اختلفوا فبأي سبب يجري الارث بينهما .

وقال أبو يوسف وهو قول لمحمد أيضا : يثبت الارث بعد الوفاة ، وعليه مشايخ بلخ ، لأنه مالك لجميع أمواله ، ما دام حيا ، فلو ملكها المورث ، في هذه الحالة أدى الى أن يصير الشي الواحـد مملوكا لشخصين ، في وقت واحد ، ملكا خالصا لكل منهما ، وهذا غـير معهود في الشرع ، لكن عنـد محمد ملك الوارث يتعقب الموت ، وعند أبي يوسف لايتعقبه ، بل يتحقق اذا استغنى الميت عن ماله ،

بتجهيزه ، وسداد ديونه ، لأن كل جزء يجوز أن يكون محتاجا اليه ، بتقدير هـلاك الباقي(١) .

وعند البعض يجري الارث ، مع موت المورث ، لا قبله ، ولا بعده ، وقد اختاره شارح الفرائض العثمانية وهـذا القول موافق لقول الشافعي حكما وتعليلا فهو جدير بالاختيار فانه أكثر اعتدالا من غيره ، لأن انتقال الشيء الى ملك الوارث ، مقارن لزوال ملك المورث عن ذلك الشيء ، فحين يتم الزوال ، يحصل الانتقال والارث ، لأن الشيء المملوك ، لا يبقى بلا مالك .

ومع اختلاف الفقهاء في تعيين هذا الوقت . فقد اتفقوا على ان هذه الخلافة خلافة تامة ، أي خلافة ملك ، اذا كانت التركة خالية من الدين ، ففي هذه الحالة ينفرد بها الوارث ، ويتصرف فيها كما يشاء .

وأما اذا كانت مدينة ، فقد اختلفوا في هـذه الخلافة ، تبعا لاختلافهم في ان الدين يمنع انتقال الملكية للوارث ، أم لا .

فمن قال : بأن الدين المحيط يمنع انتقال الملكية للوارث ، قال ان هـذه الخلافة ، خلافة ناقصة ، لاملك فيها للوارث ، لأن الدين يمنع ملك الوارث. فتكون التركة باقية على ملك الميت حكماً ، متعلقاً بها حق الغرماء ، لقوله تعالى(٢) : (من بعد وصية يوصي بها او دين) فانه يدل على ان الميراث بعد الدين ، لايتقدم عليه . ولأن الوارث انما يكون خليفة الميت . في غير المشغول بحاجته . واما المشغول بحاجته كالتجهيز والدين فلا يخلفه في ملكيته ، بل الميت مالك له حكماً ، فلا يثبت للوارث الا مجرد الخلافة لا حقيقة الملك . بحيث يصح له ان يبقي التركة ، ويستخلصها لنفسه ، ويقضي ماعليها ، وليس للدائن ان يرفض ، او يعترض

وكذلك من قال بأن الدين يمنع ولو كان غير محيط ، يقول بأنها خلافة ناقصة

---

(١) من حاشية الفناري على شرح السيد على السراجية ص٤٠ و ٤١ بتصرف .

(٢) الآية ١١ من سورة النساء .

ومن قال : بأن الدين غير المحيط يمنع الملكية فيما يقابله قال هذه خلافة ناقصة فيما يقابل الدين ، تامة فيما زاد من التركة على الدين .

واما من قال : بأن الدين لا يمنع من انتقال ملكية التركة الى الوارث ، ولو كان محيطاً فانه يقول بأنها خلافة تامة .

فنحن الآن بالنسبة لوقت ملكية الوارث وفي كون الدين يمنع هذه الملكية فور الوفاة ، ام لا ، امام نظريتين شرعيتين النظرية القائلة بأن الدين يمنع من انتقال التركة الى الوارث وتعرف بنظرية جمهور الحنفية وقد وافقهم عليها بعض الحنابلة والمالكية . والثانية النظرية القائلة بأن الدين لا يمنع من انتقال التركة الى الوارث فور الوفاة وتعرف بنظرية الشافعية ووافقهم عليها بعض الحنابلة وهي القول الآخر للامام ابي حنيفة (رض) .

وقد سبق ان استوفينا الكلام ، في هذا الموضوع على هاتين النظريتين وما يترتب على اختلافهما ، من الآثار في بحث هل يمنع الدين الارث ام لا(١) ، وقد رجحنا نظرية الشافعية ومن وافقهم ، وهي ان وقت تعلق الارث بالتركة هو وقت الموت ، مستندا الى اول مرض الموت ، ولذا كان للورثة حق الاعتراض في المرض، على تصرفات المريض ، اذا كانت ضارة بحقوقهم ، ولهم نقضها بعد الوفاة ، وان الدين لا يمنع ملكية الوارث بأي حال ، ولو كان مستغرقا للتركة كلها . بل تنتقل من ملك المورث ، الى ملك الوارث مشغولة بما عليها من الدين .

أما كون الملك وقت الوفاة ، فلان الوفاة هي سبب التوريث ، والمسببات لا تتأخر عن اسبابها الا لمانع ، ولا مانع هنا لأن تعلق الدين بالتركة غير مانع ، لأن هذا التعلق للاستيثاق كالرهن والرهن لا يمنع ملكية المدين للعين المرهونة ، فكذلك الدين لا يمنع ملكية الوارث ، لأن الاستيثاق حاصل بتتبع التركة فكل جزء من الدين يتبع الجزء الذي يقابله من التركة .

(١) في صفحة ١٠١ وما بعدها من هذه المذكرة .

ولأن الأرث لو كان في آخر جزء من اجزاء الحياة ، يلزم عليه المحذور السابق ، وهو ان الشيء الواحد يصير مملوكاً لشخصين في وقت واحد ملكاً كلا خالصاً لكل منهما ، وهذا غير معهود في الشرع ، وتوريث الزوجين للمقارنة ،وهي كافية ، ولو كان بعد الوفاة يلزم عليه محذور آخر كما تقدم ايضاً وهو انه يلزم ان يكون الشيء بلا مالك ، بعد ان كان مملوكا ، ولا سائبة في الاسلام .

وأما كون الدين لا يمنع ملكية الوارث ، فانا نعلله بما علل به الامام ابوحنيفة وهو ان الوارث يخلف المورث في التركة والتركة كانت مملوكة للمورث ، حال حياته مع شغلها بالدين ، وكذلك تكون ملكاً للوارث مع شغلها بالدين .

ولأن نظرية الشافعية ومن وافقهم ، في حد ذاتها تسير على منطق واحد في جواز قسمة التركة ، سواء اكان الدين محيطاً ام غير محيط تنسيقاً للاحكام ، فهي تجوز تجزؤ الضمان ، فكل جزء من التركة يضمن الجزء الذي يقابله من الدين . فقد جمعت بين دفع الضرر عن الورثة ، والاستيثاق للغرماء في استيفاء ديونهم ، حيث انتقلت التركة الى الورثة محملة بديونهم .

واما نظرية الحنفية ومن وافقهم ، فلا تنسيق للاحكام فيها حيث لاتسير على منطق واحد في جواز القسمة فانها تمنع القسمة اذا كان الدين محيطاً بالتركة وتجوزه اذا كان غير محيط بها استحسانا .

وما استدلوا به من قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها او دين) على ان الدين يمنع ملك الوارث ، فانه لايدل على مدعاهم ، بل يدل على ان قسمة التركة تكون بعد سداد الدين . وانفاذ الوصية ، ولا يمنع من انتقال ملكية التركة ، من المورث الى الوارث محملة بدينها ، ولو كان محيطاً بها .

وخلاصة مااخترناه فيما يتعلق بحق الوارث بالتركة ، ان حق الوارث في مرض الموت يتعلق بقيمة التركة وماليتها ، ان كان تصرف المريض مع غير وارث ، ويتعلق بعينها ان كان تصرفه مع وارث ، وانه ليس حق ملكية ، بل هو مجرد حق

في الخلافة ، واما تعلقه بالوفاة ، فانه يكون معها ، لا قبلها ولا بعدها ، بل هو مقارن لها ، مستندا الى اول مرض الموت ، وانه حق ملكية ، وليس مجرد حق في الخلافة ، وان الدين لا يمنع ملكية الوارث بأي حال ولو كان مستغرقاً للتركة كلها .

وهذا التعلق الذي يكون عند الوفاة مستندا الى اول مرض الموت يغني عن القول بالتعلق من اول مرض الموت ، فهو يجوز الاعتراض في الحيـــاة ، والنقض بعدها ، وهذا كاف .

وعلى ذلك يكون للورثة المنافع الحاصلة بعد الموت وقبل السداد ولا يتعلق بها حق الغرماء وعليهم نفقات التركة ولا يلزم الغرماء بشيء منها ويكون لهم حق الشفعة ولهم ما يجد من الملك بعد الوفاة لأنهم في كل ذلك هم المالكون للتركـــة والله اعلم .

التصرف في التركة التي بها وصية

سبق ان بينا في مبحث الدين ، حكم التصرف في التركة المدينة(١) ، سواء اكان بقسمتها ، ام كان بغير قسمتها ، والآن سنبين حكم التصرف في التركة التي فيها وصية .

وهذا التصرف ايضاً ، قد يكون تارة بقسمتها ، وتارة بغير قسمتها من انواع الانشاءات الاخرى ، كالبيع والرهن والاجارة والهبة ، وغيرها ، وسنذكر فيما يأتي حكم كل من التصرفين ، على حدة اجمالا ، حسب الرأي الذي اخترناه ، في حكم التصرف في التركة المدينة .

قسمة التركة التي فيها وصية

اذ اتمت الوصية ، بأن استوفت اركانها ، وشروطها وزالت الموانع ، ومات الموصي مصرا عليها وقبلها الموصى له ، فان حكم قسمتها يختلف باختلاف الموصى به ، لأن الوصية اما ان تكون بعين معينة من التركة كالدار الفلانية مثلا ، او بجزء شائع فيها ، او بجزء شائع في التركة كلها ، او بمبلغ معين من المال كألف دينار مثلا.

فاذا كانت الوصية بعين معينة ، كالدار الفلانية مثلا ، وخرجت من الثلث ، فليس للورثة ان يقتسموا هذه العين بينهم ، لأنها ملك غيرهم ، وهو الموصى له ، وملك الغير لاتصح قسمته بينهم لأنفسهم .

ولهم ان يقتسموا ماسوى هذه العين المعينة من التركة بينهم ، برضاهم جميعاً ، لأن ما عدا هذه العين ، ملكهم وهم شركاء فيه فلهم ان يقتسموه ، ولو قبل تسليم

(١) في ص ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ .

العين المعينة ، الى الموصى له لأنـه لم يتعلق به حقـه ، فليس له حق الاعتراض على القسمة .

واذا كانت الوصية بجزء شائع في عين معينة كثلث الدار الفلانية مثلا او بجزء شائع في التركـة كلها كثلثها او ربعها مثلا ، فالموصى له شريك للورثة في العين المعينة او في التركـة كلها بالقدر الموصى له ، مادام يخرج من ثلث التركة ، فلا يقتسمون هـذه العين المعينـة ، او التركة كلها ، الا بحضوره ورضاه ، ككل شريك منهم .

فاذا اقتسموها بدون رضاه فاما ان يحتفظوا له بنصيبه ، ام لا ، فاذا احتفظوا له بنصيبه ، كانت قسمتهم موقوفة على اجازته كما هو الشأن في تصرف الفضولي على الصحيح ، فان اجازها نفذت ، وان لم يجزها بطلت لأن نفاذ القسمة متوقف على رضا جميع الشركاء ، لما فيها من معنى المبادلة ، والموصى له شريك معهم .

وأما اذا لم يحتفظوا له بنصيبه ، فان القسمـة تكون باطلة ، لأنهم اقتسموا ملك غيرهم لانفسهم وهذا لايصح .

واذا كانت الوصية بمبلغ معين من المال ، كألف دينار مثلا ، وخرج هذا القدر من ثلث التركة ، سواء اكان هذا القدر متعلقاً بعين معينة كألف دينار من ثمن الدار الفلانية مثلا ، او كان متعلقاً بالتركة كلها ، فان قسمة هذه العين المعينة ، او التركة كلها ، تكون صحيحة ، لأن حق الموصى له ، في هذه الحالة ، يكون كحق الدائنين يتعلق على مااخترناه بمالية التركة ، أي بقيمتها التي يقومها بها المقومون ، لا بعينها وصورتها ويكون كل قسم من العين المعينة ، او من التركة بعد القسمة ، ضامناً لما يقابله ، من المبلغ المقدر الموصى به . كما قلنا في صحة قسمة التركة المدينة ، وضمان كل قسم منها ، لما يقابله من الدين ، لأن الدين لايمنع انتقال ملكية التركة الى الورثة فور الوفاة ، فكذلك الموصى به اذا كان مبلغاً معيناً من المال ، فانه لا يمنع ايضاً من انتقال الملكية الى الورثة ، ويكون للورثـة حق استخلاص اعيان التركة

لأنفسهم واعطاء الموصى له من غيرها ، ويكون لهم غلاتها الحادثة بعد الموت وقبل نفاذ الوصية .

التصرف بغير القسمة

كما قلنا : ان حكم قسمة التركة التي فيها وصية يختلف باختلاف الموصى به، نقول كذلك هنا : ان التصرف بغير القسمة يختلف باختلاف الموصى بـــه ، لأن الوصية اما ان تكون بعين معينة ، كالدار الفلانية مثلا ، او بجزء شائع فيها ، كثلث الدار الفلانية مثلا ، او بجزء شائع في التركة كلها ، كثلثها وربعها مثلا ، او بمبلغ مقدر من المال كألف دينار مثلا .

فاذا كانت الوصية بعين معينة من التركة كالدار الفلانية مثلا ، وخرجت من الثلث ، فان تصرف الورثة فيما عدا هذه العين صحيح نافذ ، اذا كان قد تصرف كل واحد منهم في نصيبه الخاص ، واما تصرفهم في هذه العين المعينة فهو تصرف فضولي ، يتوقف في الصحيح على اجازة الموصى له ، فان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل ، ويكون تصرف الموصى له في هذه العين صحيحاً نافذاً ما دامت خرجت من الثلث ، لأنها ملكه .

واذا كانت الوصية بجزء شائع في عين معينة ، كثلث الدار الفلانية مثلا ، او بجزء شائع في التركة كلها ، فان تصرف كل وارث فى نصيبــه شائعاً صحيح نافذ ، وكذلك تصرف الموصى له في نصيبه شائعاً ، واما تصرف الوارث او الموصى له ، في نصيب غيره ، فهو تصرف موقوف على اجازة صاحب الشأن كتصرف الفضولي في الصحيح .

واذا كانت الوصية ، بمبلغ مقدر من المال ، فان تصرف الورثـــة ، يكون صحيحاً ، بشرط ان لا يمس حقوق الموصى له ، كما صح التصرف في التركة المدينة ، بشرط ان لا يضر بحقوق الدائنين ، لأن التركة قد انتقلت اليهم ملكيتها محملة بحق الموصي له ، متعلقاً بثلثها . وقد قال بصحة التصرف في التركة المدينة ، كثير من

المالكية ، وكثير من الحنابلة ، وبعض الحنفية ، سواء اكان الدين محيطاً ، ام غير محيط . بشرط ان لا يمس حقوق الدائنين ، ولم يتضرروا به ، كأن يأذنوا فيه ،قبل ان يباشره الوارث ، او ان ينزلوا عن ديونهم ، او يبقى من التركة بعد التصرف ، ما يكفي لسدادها .

وقد رجح هذا الرأي الشيخ الخفيف ، واخذنا بترجيحه ، فكذلك يكون التصرف صحيحاً هنا والله اعلم .

الوصية الواجبة

في الجمهورية العربية المتحدة

يحسن بنا بعد أن أتممنا موضوع التركة ومايتعلق بها من الحقوق ، ان نذكر بحث الوصية الواجبة . فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في الجمهورية العربية المتحدة . فانه يجدر بكل باحث في الفقة . أن يلم بكل تشريع يرجع الى الفقه وأصوله، تحصيلا للفائدة ، وتعميماً للنفع فنقول :

سبق أن بينا حكم الوصية . فى المذاهب المختلفة . فقلنا(١) : فأما حكمها بالمعنى الأول ، وهو الصفة الشرعية لها ، من حيث كونها مطلوبة الفعل ، أو الترك، وهو الحكم التكليفي ، فقد اختلف الفقهاء فيه الخ .

كما سبق أن قلنا(٢) : والظاهر رجحان ماذهب اليه الأئمة الأربعة والزيدية والإمامية ، وهو أن الوصية ليست بواجبة على كل من ترك مالا ، خلافاً لإبن حزم ولا للوالدين والأقربين ، الذين لايرثون ، خلافاً لداود ، وأقمنـــا الدليل على ذلك واضحاً قوياً .

وإنما تتوارد عليها الأحكام الخمسة ، ولاتجب الا بحقوق اللهتعالى التي فرط فيها ، أو قصر في تحصيلها ، وبحقوق العباد التي لاتعلم الا من جهة الموصي ، ولا يعلم بها من تثبت بقوله .

وبغير ذلك لاتجب على أحد ، فابن الابن الذي توفي أبوه قبل جده ، اذا كان معه عم له، لا يرث من جده ، لأنه محجوب بالعم ، ولاتجب له وصية ، لأن الوصية،

---

(١) ص ١٥٠ وما بعدها .

(٢) ص١٥٢ .

للوالدين والأقربين ، التي كانت واجبة في صدر الإسلام ، بقوله تعالى(١) (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين) منسوخة وقد بينا الناسخ فيما تقدم(٢) .

فالأصل ص ١٢٣ الخ

فالأصل في الوصايا أنها اختيارية ، ولكن نظراً لمثل حالة ابن الابن الذي يحرم من تركة جده ، لوفاة أبيـــه قبله ، وبسبب ذلك قد يكون في عوز شديد ، وفقر مدقع ، بينما ينعم عمه وأولاده في نعمة واسعة . وبحبوحة من العيش ، وقــد يكون أبوه الذي توفى قبل جده قد أسهم في تحصيل ثروة جده التي حرم منها لوفاة أبيه قبله ، فتلافياً لمثل هذه الحالة التي كثرت منها الشكوى ، جاء القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بالوصية الواجبة .

حقيقة الوصية الواجبة :

الأصل في الوصايا أن تكون اختيارية ، الا أن هذه الوصية لا اختيار فيها للموصي ولا للموصى له ، بل إنها تنفذ بحكم القانون ، سواء أراد الموصي أم لم يرد، ولاتتوقف على قبول الموصى له ، ولذا سميت واجبة فهي شبيهة بالميراث في هذا وفي أنها تقسم قسمته للذكر ضعف الأنثى ، وإن كانت تخالفه في أنه يغني عنها ماأعطاه الجد فى حياته للفرع ولا يغني عن الميراث ، وفي أنها وجبت تعويضاً لهم عما فاتهم بخلاف الميراث فإنه وجب ابتداء وفي أن كل أصل يحجب فرعــه دون فرع غيره ، بخلاف الميراث ، فإن الأصل يحجب فرعه وفرع غيره .

فلهذه المخالفة لم تكن ميراثاً ، ولما فيها من خصائص الوصية كانت وصية، فإنها تجب في حدود الثلث وأنها تقدم على الميراث بل على الوصايا الاختيارية .

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .

(٢) في ص ١٥٣ وما بعدها .

مبدأ العمل بالوصية الواجبة :

صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م في ٢٤ رجب ١٣٦٥ (٢٤ يونية سنة ١٩٤٦) ونشر بالعدد ٦٥ من الوقائع المصرية الصادر في يوم الاثنين ٢ من شعبان سنة ١٣٦٥ الموافق أول يوليو سنة ١٩٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من نشره وقد عمل به فعلا ، من أول أغسطس سنة ١٩٤٦م .

من لهم الوصية الواجبة :

الوصية الواجبة تكون لفرع الولد الذى يموت في حياة أبيه . أو أمه حقيقة ، أو حكماً ، وهو المفقود الذي حكم بموته ، أو يموت معهم ولو حكماً ، كالغرقى والهدمى ، فإن على كل من الجد والجدة ، أن يوصي للفرع بقدر ماكان يستحقه هذا الولد من التركة لو كان حياً عند موته .

فإذا لم يوص كانت الوصية واجبة لفرع هذا الولد بحكم القانون بقدر هذا النصيب ، ولا تزيد على الثلث ، وإن كان نصيبه أكثر بشرط :

١ ـ أن يكون الفرع غير وارث .

٢ ـ أن لايكون الميت أعطاه بغير عوض قدر ما يجب له .

ويحسن بنا أن نذكر هنا موادالقانون ، التي تضمنت أحكام الوصيةالواجبة، والمذكرة التفسيرية لها ، فإنها تتحدث عن نفسها ببيان وجهة النظر لواضع القانون، وبيان من لهم الوصية ، والقائلين بها ودليلها ومصادرها .

الوصية الواجبة لفرع الولد

مادة ٧٦ ـ إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته ، أو مات معه، ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته ، لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية ، بقدر هذا النصيب في حدود الثلث ، بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر

قدر ما يجب له ، وإن كان ماأعطاه أقل منه ، وجبت له وصية بقدر مايكمله ،

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا ، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل ، قسمة الميراث ، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم الى الميت ماتوا بعده ، وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات.

الوصية بزيادة أو بأقل وبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض :

مادة ٧٧ - إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصيــة بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبــه وجب له مايكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصي له بأقل مما وجب من باقي الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا :

مادة ٧٨ - الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا(١) ، فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجب له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة ، إن وفى وإلا فمنه ومما اوصى به لغيرهم .

تقسيم مايبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها :

مادة ٧٩ - في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم مايبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة احكام الوصية الاختيارية .

---

(١) المراد بغير الوصية الواجبة : الوصايا الاختيارية وهي التي انشأها الموصي ولم تجب عليه بحكم القانون ، سواء اكانت بفرض اوواجب او كانت تبرعاً كما سيجيء في المذكرة التفسيرية .

المذكرة التفسيرية

وضعت هـــذه المواد (٧٦ و ٧٧ و ٧٨ و ٧٩) لتلافي حالـــة كثرت منها الشكوى ، وهي حاله الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة ابيهم او امهم ، او يموتون معهم ولو حكماً كالغرقى والهدمى والحرقى : فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم ، او جدتهم ، لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع ان آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت ، وقد يكونون في عيالـــه يمونهم . واحب شيء إلى نفسه ان يوصى لهم بشيء من ماله ، ولكن المنية عاجلته ، فلم يفعل شيئاً . او حالت بينه وبين ذلك ، مؤثرات وقتية .

وقد تضمنت المادة (٧٦) انهم إذا كانوا غير وارثين . ولم يوص لهم الجد او الجدة بمثل نصيب اصلهم ، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على الا يزيد على الثلث .

وهي تجب لأهل الطبقة الأولى من اولادالبنات ، ولأولاد الأبناء ، من اولاد الظهور ، وهم من لاينسبون إلى الميت بأنثى ، وإن نزلت طبقاتهـــم ، والأصل يحجب فرعه ، دون فرع غيره ، ويقسم نصيب كل اصل وهو ابن الميت او ابنته على من يوجد من فروعه ، قسمة الميراث ، كما لو كان اصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتبين

ولا يدخل في قسمة التركة اولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم يعقبوا ، او أعقبوا من لايستحق في الوصية ، فلو خلف الميت ابناً وبنتاً وبنتي بنت ماتت في حياته ، وابن ابن مات ابوه وجده في حياته ايضاً ، غير مرتبين وكان له ابن مات في حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية ، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمه الميراث ، للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوي ، وثلثاه للابن ، يعطى لفرعه ، ولو أن أباه مات قبل جده .

(١) والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين، مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث. ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري، وطاوس، والإمام أحمد، وداود الطبري، وإسحق بن راهوية، وابن حزم.

والأصل في هذا قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين. بالمعروف حقاً على المتقين».

(٢) والقول بإعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين، على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم. مذهب ابن حزم، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين، ورواية في مذهب الإمام أحمد.

(٣) وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين في المادة ٧٦، وتحديد الواجب لهم، بمثل نصيب أبيهم، أو أمهم. في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث، مبني على مذهب ابن حزم، وعلى القاعدة الشرعية التي سبق شرحها في المادة الثانية(١).

فالجزء الواجب إخراجه يجوز في مذهب ابن حزم أن يحدده الموصي أو الورثة، بمثل نصيب الأب، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر.

كذلك يجوز في مذهبه، أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر،

---

(١) القاعدة الشرعية هي: ان لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته، وفي رأي بعض الفقهاء أمره ينشيء حكماً شرعياً، فعقد الوصيــة وهو من عقود التبرعات يجوز أن يكون بإشهاد كتابي، ويجوز أن يكون بإشهاد شفوي، وإذا رأى ولي الأمر ان يكون بإشهاد كتابي على الوجه المبين في المادة، وأمر به نشأ بأمره حكم شرعي يجب على الكافة ان يعملوا به وإلا كانت وصاياهم مودودة اهـ. من المذكرة الإيضاحيــة للمادة (٢) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

وحينئذ يكون لولي الأمر أن يتدخل ، ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر بإعطائهم جزءا من التركة ، هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقي حياً ، (مادة ٧٦) :

والآية الكريمة ظاهرة في أن الوصية الواجبة للأقربين هي الوصية بالمعروف وكلمة المعروف في القرآن الكريم ، يراد منها ما تطمئن إليه النفوس والفطر ، ولا تنبو عنه المصلحة ، وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط .

وعلى هذا الأصل يكون لولي الأمر ، أن يأمر الناس بالمعروف في الوصية الواجبة للأحفاد ، بأن يكون بمثل نصيب اصلهم في حدود الثلث ، لأن هذا هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط .

فإذا نقصوا احداً ماوجب له ، او لم يوصوا له بشيء ، ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (مادة ٧٧) .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية ، يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام احمد وما روي عن طاووس :

والمراد بغير الوصية الواجبة للأقربين الوصايا الاختيارية ولو كانت وصية بفرض أو بواجب آخر ، وسواء أكانت لجهة أم لأشخاص (مادة ٧٨) .

طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة

أشار القانون الى طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة ، في المادة (٧٦) منه ، فقال : (اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته ، أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث) فإن ذلك صريح في أن الفرع يأخذ مقدار ما كان يأخذه أصله لو كان حياً ، فلا يأخذ أكثر من أصله بأية حال ، ولا يأخذ ما يأخذه من يساوي أصله من الورثة ، لأن الصلة التي عقدها القانون هي بين هذا الفرع وبين أصله ، لا بينه وبين من يساوي أصله ،لأنه

نص على إعطائه ما كان يستحقه أصله ، ولم ينص على مساواته بمن يساوي ، أصله، وعلى ذلك لايوجد لاستخراج مقدار الوصية الواجبة تطبيقاً لنص هـذا القانون وروحه ، إلا طريقة واحدة تتكون من ثلاث خطوات وهي :

أولا : أن يفرض الولد الذي توفي في حياة أحد أبويه ، حياً وارثاً وتقسم التركة عليه وعلى الورثة الموجودين ، كما لو كان الجميع أحياء ، ليعرف مقـدار نصيبه لو كان موجوداً .

ثانياً : أن يخرج من التركة هذا القدر كما هو إن كان يساوي الثلث فأقل ، وإن كان يزيد على الثلث ، رد إلى الثلث ، لأن الوصيـة لاتزيد على الثلث ، وإنما أخرج أولا ، لأن الوصية مقدمة على الميراث ، ويقسم هذا المقدار على أولاده قسمة الميراث ، للذكر ضعف الأنثى .

ثالثاً : يقسم الباقي بعد إخراج مقدار الوصيـة الواجبة على الورثة الأحياء بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذي فرض حياً ، لأن هذا المقدار هو الميراث للاحياء ، ويعطى كل وارث حقه كما هو الشأن في تقسيم التركات بعـد إخراج الوصايا منها .

ولا يدخل في قسمة تركة الميت الذي وجبت الوصية في تركته ، أولاده الذين ماتوا قبله ، وليس لهم عقب ، أو أعقبوا من لا يستحق الوصية .

وإذا تعددت الطبقات فيرث كل طبقة فرعها ، ويحجب كل أصل فرعـه لافرع غيره .

وهذه الطريقة هي التي سارت عليها دار الإفتاء من مدة ، وقضت بها محاكم الأحوال الشخصية ، وقد رأت لجنة الفتوى بالأزهر (١) وجوب اتباعها فأصدرت قرارا بذلك في ١٤ من رجب سنة ١٣٧٩ هـ الموافق ١٣ من يناير سنة ١٩٦٠م .

---

(١) هذه اللجنة هي التي صدر بها قرار فضيلة الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر رقم ٦٤٤ في ٢٧ من جمادي الآخرة سنة ١٣٧٩ هـ الموافق ٢٧ من ديسمبر سنة ١٩٥٩م =

ولتوضيح هذه الطريقة نذكر مثالين محلولين على نظامها ، أحدهما فيما إذا كان نصيب المتوفى الثلث فأقل ، فإنه يخرج كاملا ، والثاني فيما إذا كان نصيبه أكثر من الثلث فإنه يرد إلى الثلث .

المثال الأول : توفي رجل عن زوجة وابنين وابن ابنه المتوفى في حياته ، وترك ٢٤ فداناً . فيفرض الابن المتوفى قبله حياً ، ولمعرفة مقدار نصيبه تقسم التركة على الزوجة ، وعلى الثلاثة الأبناء ، فيكون نصيب هذا الابن المفروض حيا بعد ثمن الزوجة ٧ أفدنة فيخرج هذا القدر كاملا ، لأنه أقل من الثلث وقبل الميراث لأن الوصية قبله ويعطى هذا المقدار لابن الابن على أنه وصية واجبة ، والباقي بعد هذا النصيب وهو ١٧ فداناً هو الميراث . للزوجة ثمنه فرضا والباقي للابنين الموجودين تعصيباً .

المثال الثاني : توفيت سيدة عن ابن وبنت وابن ابنها المتوفى قبلها وتركت ٦٠ فداناً :

فيفرض الابن المتوفى قبلها حياً ، ولمعرفة مقدار نصيبه تقسم التركة عليه وعلى أخيه وأخته الموجودين ، فيكون نصيبه ٢٤ فداناً ، وهو أكثر من الثلث . فيرد الى الثلث ، وهو ٢٠ فداناً ، فيخرج هذا المقدار قبل الميراث ويعطى لابن الابن على

= وباشرت عملها في ٤ من يناير سنة ١٩٦٠م وهي مكونة من السادة الأساتذة الآتية أسماؤهم بعد على حسب ترتيب القرار :

١ ـ الشيخ السنوسي أحمد يوسف المالكي الأستاذ بكلية أصول الدين .
٢ ـ الشيخ محمد عبدالرحيم الكشكي الحنفي الأستاذ بكلية الشريعة .
٣ ـ الشيخ علي عبدالمجيد سالم الحنبلي الأستاذ بكلية الشريعة .
٤ ـ الشيخ محمود عبدالدائم الشافعي الأستاذ المساعد بكلية الشريعة ويتولى سكرتيرية اللجنة الشيخ مصطفى عبدالخالق الشافعي الأستاذ المساعد بكلية الشريعة .

أنه وصية واجبة ، والباقي بعد الوصية وهو ٤٠ فداناً هو الميراث . للابن والبنت الموجودين تعصيباً ، يقسم بينهما للذكر ضعف الأنثى .

وهذا القانون به نقص ظاهر ، وعيوب كثيرة نكتفي بضرب مثل منها وكفى به دليلا على نقصه وعيوبه .

مات رجل عن ابن حي وبنتين على قيد الحياة ، وعن بنت ابن مات قبله في حياته ، وترك هذا الرجل ٢٤٠٠ دينار فان بنت الإبن تأخذ نصيب أبيها لو كان حياً . في حدود الثلث . فتحصل على ٨٠٠ دينار والباقي وهو ١٦٠٠ يقسم بين الابن والبنتين الأحياء ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيأخذ الابن ٨٠٠ دينار وتأخذ كل بنت ٤٠٠ دينار فتكون بنت الابن المتوفى فى حياة والده قد أخذت من تركة جدها مثل بنتيه الصلبيتين (عمتيها) معاً ، أي ضعف كل واحدة منهما ولاشك ان هذا عيب فادح ونقص واضح بل تأخذ أكثر من عمتها لو كانت منفردة مع أخيها لأن مبلغ الـ ١٦٠٠ الباقي بعد نصيب بنت الابن يقسم على الابن الحي وأخته لو كانت واحدة وتأخذ البنت الصلبية ثلثه وهو أقل من مبلغ الـ ٨٠٠ الذي حصلت عليه بنت الابن .

فينبغي أن يعاد النظر فى هذا القانون لتلافي مافيه من عيب ونقص وذلك لايكون الا بالروح التشريعية السليمة والله اعلم وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم .

الأحد | ٥ ذي القعدة سنة ١٣٨٧ هـ .
٤ شباط (فبراير) سنة ١٩٦٨ م .

محمد عبدالرحيم الكشكي
الأستاذ بمعهد الدراسات الاسلامية
العليا بجامعة بغداد

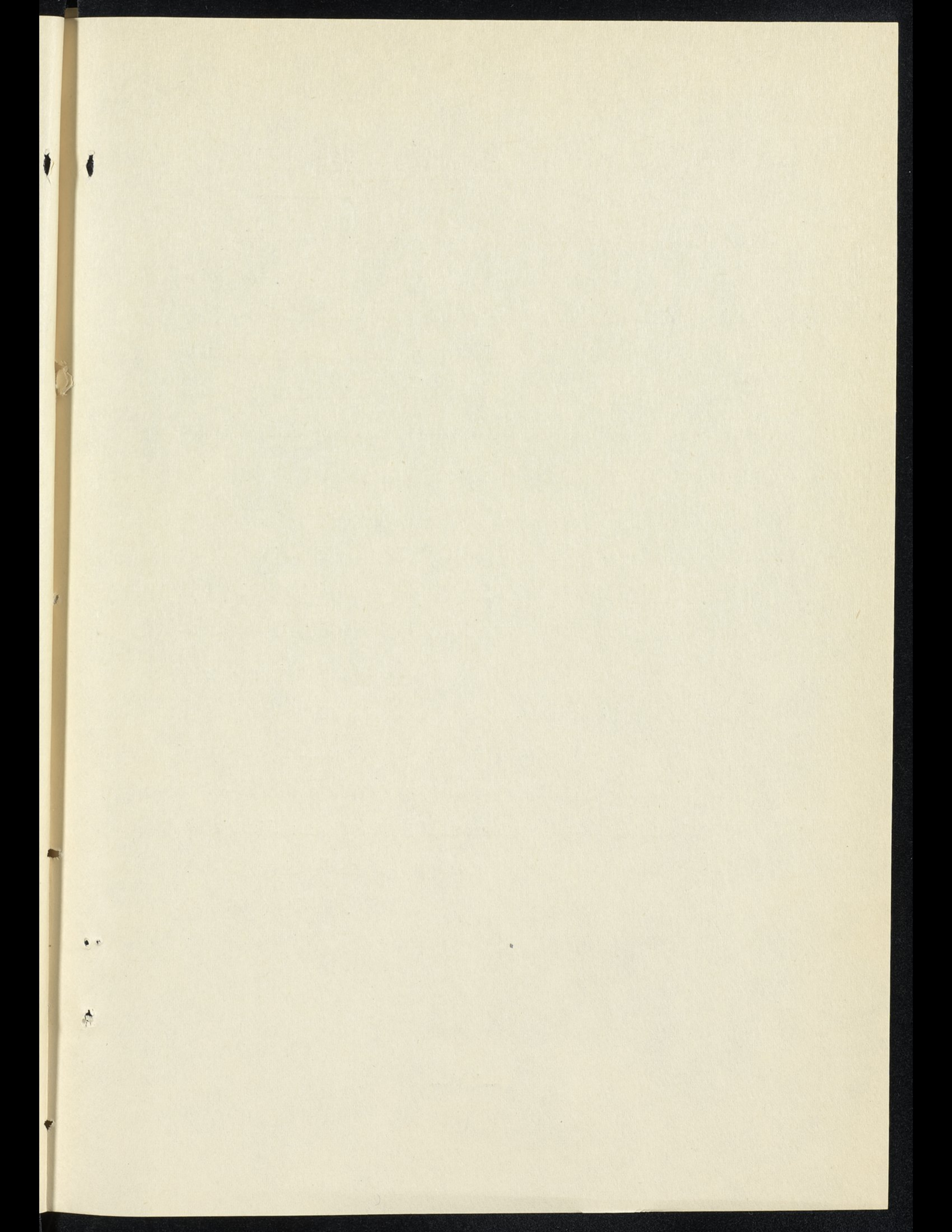
استدراك

سقطت سهواً هذه السطور وهي نهايـة موضوع (تزاحم الوصايا) من صفحة ١٨٣ .

وان كانت الوصايا بعضها للعباد وبعضها لله تعالى قسم المال بينهما بالمحاصة ثم قسم ما يخص العباد بالمحاصة بين وصاياهم وما يخص الله تعالى يتبع فيه ماتبع في الوصايا التي كانت كلها لله تعالى ، في حالة ما اذا كانت كلها من نوع واحد وفي حالة ما اذا كانت خليطاً من انواع مختلفة .

وقد اخذ القانون في الجمهورية العربية المتحدة بهذا الذي ذكرنا وهو القسمة بالمحاصة بين وصايا العباد وهي طريقة العول المعمول بها في الميراث وذلك في المادة (٨٠) منه ، ونصها : (اذا زادت الوصايا على ثلث التركة واجازها الورثة ،وكانت التركة لاتفي بالوصايا او لم يجيزوها وكان الثلث لايفي بها قسمت التركة ، او الثلث على حسب الاحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة الا يستوفي الموصى له بعين نصيبه الا من هذه العين) .

كما انه اخذ القانون في الوصايا بالقربات بما قدمناه فيما اذا كانت كلها من نوع واحد او كانت من انواع مختلفة ، الا انه لم يقدم الزكاة على غيرها ، كما قيل فيما تقدم وذلك في المادة (٨١) منه ونصها : (اذا كانت الوصيـة بالقربات ولم يف بها ماتنفذ منـه الوصية فان كانت متحـدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق ، وان اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل) والله اعلم .



من مراجع البحث بعد القرآن الكريم الكتب الآتية

تفسير الآلوسي

تفسير المنـــار

الاحكام للجصاص

صحيح البخاري

صحيح مسـلم

نيل الاوطار للشوكاني

مفتاح الخطابة لمحمد أحمد العدوى

الهداية للمرغيناني حنفي

فتح القدير للكمال بن الهمام »

حاشية الكفاية على الهداية »

حاشية العناية على الهداية »

الزيلعي وحاشية الشلبي عليه »

حاشية ابن عابدين على الدر »

بدائع الصنائع للكاساني »

الاختيار لابن مودود الموصلي »

المبسوط للسرخسي »

نصب الراية للزيلعي »

البحر الزخار لاحمد بن يحيي المرتضى زيدي

جواهر الاخبار والآثار للصفدي »

المحلى لابن حزم ظاهري

المختصر النافع للحلي جعفري

رياض المسائل عليه »

اللمعة الدمشقية للشهيد الاول »

شرح اللمعة للشهيد الثاني »

شرائع الاسلام للحلي »

الجواهر للشيخ محمد حسن »

منهاج الصالحين للحكيم »

التركة والحقوق المتعلقة بها للخفيف فقه عام

نظام المواريث لفياض ميراث

الميراث عند الجعفرية لابي زهرة »

المواريث في الشريعة الاسلامية لمخلوف »

أحكام التركات والمواريث لابي زهرة »

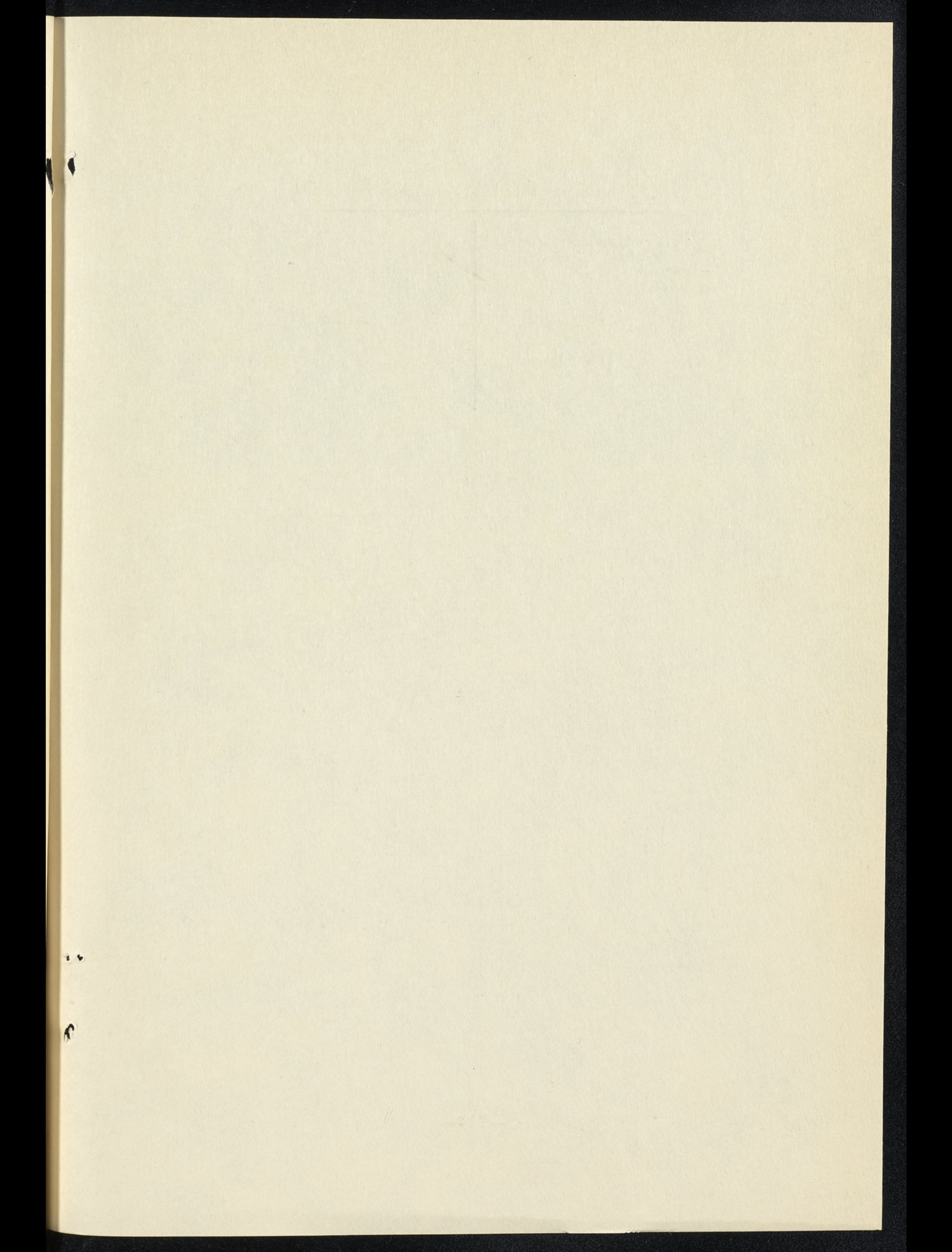
كشف الاسرار على البزدوي لعبدالعزيز البخارى اصول

من مراجع البحث بعد القرآن الكريم الكتب الآتية

شرح السيد علي
السراجية ميراث حنفي
حاشية الفناري عليه » »
حاشية الكوراني عليه » »
شرح الترتيب للشنشوري » شافعي
شرح الرحبية له » »
حاشية الخضري عليه » »
نهاية المحتاج فقه شافعي
الشرح الكبير للدردير مالكي
حاشية الدسوقي عليه »
بداية المجتهد لابن رشد »
المغنى لابن قدامة حنبلي
الشرح الكبير للمقدسي »
مفتاح الكرامة »
كشاف القناع »
الوقف والوصية لمحمد شلبي فقه
مصادر الحق للسنهوري مقارن
مقال للخفيف في مجلة القانون والاقتصاد في مدى تعلق الحقوق بالتركة السنة ١٢ ص١٥٣-١٥٤
تسهيل الوصول للمحلاوي »
علم الاصول لخلاف »
الميراث المقارن لمحمد الكشكي ميراث
الفقه فى ثوبه الجديد للزرقاء فقه
الاموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى »
بين الشريعة والقانون لصوفي حسن مقارن
مجلة الاحكام العدلية قانون شرعي
مرشد الحيران لقدري باشا » »
مدخل علم الفقه لاساتذة في كلية الشريعه - الازهر فقه
الحق والذمة للخفيف »
القواعد لابن رجب فقه حنبلي
الفروق للقرافي » »
الاشباه والنظائر لابن نجيم » حنفي
قانون المواريث العربي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
قانون الوصية العربي رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦
قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

من مراجع البحث بعد القرآن الكريم الكتب الآتية

الكتاب	الفن
الموجز لعبدالسميع امام والشافعي	مقارن
المقارنات لمحمد حافظ صبري	»
النهاية لابن الاثير فى غريب الحديث	
أساس البلاغة للزمخشري	لغة
القاموس المحيط	»
المصباح المنير	»



دليل البحث

الصفحة	الموضوع
٧٤	النصوص الفقهية الهامة فيما ينتقل من الحقوق من القرافي وابن رجب .
٨٠	الحقوق المتعلقة بالتركة
٨٢	ترتيب هذه الحقوق
٩٢	الحكمة من ترتيبها على هذا النحو
٩٣	الحق الاول التجهيز
٩٤	وقت تعلق التجهيز بالتركة
٩٤	وجوب هذا الحق في التركة
٩٦	التجهيز المشروع
٩٧	تجهيز من لا تركة له
٩٧	تجهيز القريب الفقير والزوجة والرقيق
١٠١	حكم الاسراف في التجهيز
١٠٢	التجهيز في قانون الميراث المصري
١٠٣	الحق الثاني الدين
١٠٤	معنى الدين - دين الصحة
١٠٥	دين المرض - معنى الذمة
١٠٦	محل الدين - محل الدين حالة الحياة
١٠٦	معنى تعلق الدين بالعين
١٠٧	الديون العينية والمطلقة
١١١	محل الدين بعد الموت

الصفحة	الموضوع
١١٦	وقت تعلق الدين بالتركة
١١٧	هل يمنع الدين الارث أم لا
١٢٢	اسباب الملكية وهي بالهامش
١٢٣	بعض ما يترتب على اختلاف الرأيين فى منع الدين الارث
١٢٥	التصرف في التركة المدينة
١٢٧	قسمة التركة المدينة
١٢٨	تصرف الورثة فيها بغير القسمة
١٢٩	حكم بيع الدين بالدين
١٣٢	ترتيب الديون بعضها مع بعض
١٤٠	الحق الثالث الوصية
١٤٠	الحاجة الى تشريع الوصية
١٤١	معنى الوصية
١٤٥	سبب الوصية
١٤٥	حكمة مشروعية الوصية
١٤٦	دليل مشروعيتها
١٤٨	وقت تعلق الوصية بالتركة
١٤٩	حكم الوصية
١٥٠	حكم الوصية بالمعنى الاول
١٥٤	حكم الوصية بالمعنى الثاني
١٥٥	حكم الوصية بالمعنى الثالث
١٥٦	حكم الوصية لما لا يملك

التصويب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨	١٢	الفقه	الفهم
١٠	٤	المفتى	المغني
١٢	١٢	تشرنى	يسرني
١٨	٢	في التصورات	بالتصورات
١٩	٤	وصفة	وصف
١٩	٥	الندبية	الندبية للنية
٢٦	٢	جزئيةفي النادر	جزئية إلا في النادر
٢٩	١	النقل	إلا بالنقل
٢٩	٢٢	انظم	انضم
٣٦	١٩	يبحث	ولا يبحث
٣٧	٢٣	غيرهما	أم غيرهما
٣٧	٢٣	الدار	الدر
٤٠	٢٢	أدله	الأدلة
٤٢	٨	الالتزام ولم	الالتزامات التي التزمها ولم
٤٣	٨	بالى	مالي
٤٥	٥	المال والحق	المال والمنفعة والحق
٤٥	١٣	مول	موله
٥٦	٢٣	ص٣٣	ص٤٤
٥٧	١٠	تركه	تركة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٥٧	٢٤	ص٤٠	ص٥٢
٥٨	١٤	والمرتهن	المرتهن
٥٨	٢٢	ص٤٠	ص٥٢و٥٣
٦١	١٦	وكذا عند	....
		الظاهرية	....
٦١	٢٠	وتشمل	تشمل
٦٢	٦	الو	الولاية
٦٢	٢٢	ص١٦	ص٦١
٦٤	١١	موتة	موته
٦٦	٢١	تلك	تملك
٧٢	١٢	وحقوق	حقوق
٧٥	١٨	الشفة	الشفعة
٧٦	١	لعقد	للعقد
٨٠	١٨	ص٤٥	ص٥٨
٨٤	٤	ثوبه	ثوبيه
٨٧	٣	تمرة	نمرة
٩٢	٢٣	ص٧١	ص٨٦
٩٣	١٨	عن	على
٩٤	١٩	الغنية	القنية
١٠٣	٣	وبعد	بعد
١٠٥	١	فيء	شيء
١٠٧	٢٧	ص٨٧	ص٨٩

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١١١	٧	برأه	أبرأه
١١٣	٢٢	ييعلق	يتعلق
١١٥	٧	وهنا	وهذا
١٢٩	١٥	نافذا	نافذ
١٣٤	٢٣	ص١٠٣و١٠٤	ص١٠٥
١٤٦	١	فيها	فبها
١٦٠	٢	العين	المعين
١٧٢	١٤	شبه	أشبه
١٧٤	١	للقائد	للقاتل
١٧٨	٦	وفي	في
١٨٥	٦	ص١٠٥	ص١٢٢